This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 743 413

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Germany

LL39

Secum pensare.

Festschrift

Namens und im Auftrage der Juristen-Facultät zu Giessen

verfasst

von

Dr. Gustav Kretschmar.

Emil Roth Giessen

1886

For Ty

K

SEP 8 1921

Herrn

FRIEDRICH WILHELM HERMANN WASSERSCHLEBEN

der Theologie und beider Rechte Doctor
o. ö. Professor der Rechtswissenschaft an der Universität Giessen
Senior der Juristen-Facultät daselbst
und d. Z. Decan
Grossherzoglich Hessischem Geheimen Rath
Lebenslänglichem Mitglied der ersten Kammer der Hessischen Ständeversammlung
Comthur I. Cl. des Grossherzoglich Hessischen Verdienstordens Philipps des Grossmüthigen
Ritter I. Cl. des Hessischen Ludewigsordens

zu

seinem fünfzigjährigen Doctor-Jubiläum

am 25. Juni 1886.

Hochverehrter Jubilar!

Ein halbes Jahrhundert ist verflossen, seit Sie die Würde eines Doctor utriusque juris von der Juristen-Facultät zu Berlin empfingen. Ihre Jugend und Ihre Lehrzeit fiel in jene Periode, wo das neue und frische Leben, welches die tiefere geschichtliche Behandlung der Rechtswissenschaft hervorgerufen hatte, nicht nur für das Römische, sondern auch für das Deutsche Recht neue Gedanken und Anregungen in reicher Fülle hervorgebracht hatte und zur weiteren Verarbeitung aufforderte.

Das Vorbild eines Savigny und Eichhorn hat Ihnen noch geleuchtet und wahrlich nicht vergeblich. Die schriftstellerischen Arbeiten Ihres ganzen Lebens, noch in jüngster Zeit die Neubearbeitung Ihrer Irischen Kanonensammlung geben Zeugniss von seltener Gründlichkeit, Gewissenhaftigkeit und echtem historischen Sinne.

Es ist nicht an uns, die Verdienste zu rühmen, welche Sie in den Disciplinen des Kirchenrechts, des Staatsrechts und des Deutschen Rechts, denen Ihre Wirksamkeit vorzugsweise gewidmet war, durch vortreffliche Ausgaben der Quellen wie durch dogmatische und historische Schriften sich erworben haben.

Seit vier und dreissig Jahren gehören Sie unserer Universität und der juristischen Facultät derselben an. Für uns Jüngere sämmtlich, welche in dieselbe nach und nach eintraten, sind Sie stets der verehrte Senior derselben gewesen.

Ihrer öffentlichen Thätigkeit, der Ehren und Würden, welche von den Fürsten dieses Landes Ihnen zu Theil

geworden sind, auch der bedeutsamen Wirksamkeit, welche Sie für unsere Universität lange Jahre als Kanzler derselben entwickelt haben, haben wir hier nicht näher zu gedenken. Ueberall haben sich die vortrefflichen Eigenschaften Ihres Geistes und Charakters bewährt.

In dem engeren Verkehr im Schosse der Facultät haben wir stets von neuem Gelegenheit gehabt, die reiche Erfahrung, den milden und festen Sinn, die echte Collegialität und Freundlichkeit, mit welcher Sie den jüngeren Collegen entgegenkamen, kennen und schätzen zu lernen und in dankbarer Erinnerung zu bewahren.

Wohl dürfen wir auf Ihre Sinnesweise und Ihr Wesen das Bild anwenden, auf das der Titel der Festschrift, welche wir Ihnen heute überreichen, hindeutet: Das Bild des gleichmässige Befriedigung anstrebenden gerechten und sorgfältigen Abwägens und Ausgleichens.

Generationen junger Juristen haben zu Ihren Füssen gesessen und erinnern sich dankbar der Anregung und Belehrung, welche sie in Ihren Vorlesungen empfangen haben.

Auf eine lange und gesegnete Wirksamkeit können Sie mit Befriedigung zurückblicken. Dankbar erkennen auch wir an, was Sie bisher für uns gewesen sind.

Möge Gott Ihnen Gesundheit und Kraft erhalten und es Ihnen vergönnt sein, noch lange auf dem Felde academischer Thätigkeit zu wirken, auf welchem wir in gemeinsamer Arbeit zusammenstehen.

Giessen, am 25. Juni 1886.

Die Juristen-Facultät zu Giessen.

Dr. von Kries, d. Z. Prodecan. Dr. Gareis. Dr. Kretschmar.
Dr. Hellwig.

Bei der Darstellung der Lehre von der Compensation pflegen zwei Arten derselben unterschieden und behandelt zu werden, die gerichtliche und die vertragsmässige Compensation. Es ist indess schon von längst her nicht unbemerkt geblieben[1]), dass in den Römischen Quellen der Compensation und des Compensirens auch in anderen Fällen Erwähnung gethan wird, welche sich unter die oben genannten beiden Arten der Compensation nicht unterordnen lassen. Insbesondere hat unter den Neuern Dernburg,

> Geschichte und Theorie der Compensation nach Römischem und neuerem Rechte. 2. Auflage S. 11.

darauf aufmerksam gemacht, dass die juristische Bedeutung des Wortes compensatio keineswegs auf die Aufrechnung gleichartiger Gegenforderungen beschränkt, vielmehr seine Anwendung im Rechte eine vielfache sei. Als Fälle solcher anderweiten Compensationen, welche er unter die Categorie eines in solutum dare im weitesten Sinne eingeordnet wissen will, nennt er die Compensation einer Forderung durch letztwillige Honorirung des Gläubigers zum Zweck der Abfindung und die Compensation auf die Falcidische Quart durch Zuwendungen, welche an deren Stelle letztwillig angeordnet wurden.

> Dernburg, im a. W. S. 11 not. 3 und 4. Auf diese Fälle bezieht sich auch grössten Theils die Abhandlung von Dernburg: Die Einrechnung in den Antheil

[1]) Cujacius resp. 5 Papiniani zu l. 39 § 14 Dig. 26, 7 opera IV. p. 943 (ed. Neapol.).

des Erben bei der quarta Falcidia und Trebelliana im Archiv für die Civilist. Praxis B. 47 S. 291 ff.

In einem andern Zusammenhange, welcher sich an die geschichtliche Entwicklung der Compensation und die processuale Geltendmachung derselben nach Römischem Recht anknüpft, erwähnt Brinz in seiner Recension des Werkes von Eisele über die Compensation

Kritische Vierteljahrsschrift B. XIX S. 341.

kürzlich eines hierher gehörigen Falles, desjenigen des secum pensare.

Es fragt sich, ob für die verschiedenen Fälle solches von den beiden Hauptarten abweichenden Compensirens irgend ein gemeinsamer rechtlicher Gesichtspunct und eine Verwandtschaft mit der gewöhnlichen Compensation vorhanden ist. Die allgemeine Meinung scheint dagegen zu sein; man hat sich aber mit diesen Fällen überhaupt wenig beschäftigt und sie stets höchstens nur einzeln für sich in Betracht gezogen.

Meine Meinung ist, dass ein solcher allgemeiner Gesichtspunct allerdings existirt, so verschieden die Fälle unter sich sein mögen. Negativ ist es der, dass es bei ihnen an einem Haupterfordernisse fehlt, welches sowohl bei der gerichtlichen als bei der vertragsmässigen Compensation unserer heutigen Theorie vorhanden sein muss, nämlich dem invicem deberi, dem Vorhandensein von compensabeln Forderungen und Gegenforderungen, welche sich gegenüberstehen, gegen einander aufgerechnet und auf diesem Wege beide getilgt werden; — positiv, indem diese anderweiten Fälle sich als Erwerbscompensationen characterisiren; d. h. ein Erwerb, eine Vermögensvermehrung, welche Jemand erhält, muss in quantum auf eine Forderung oder auf einen Anspruch, welchen er in anderer Eigenschaft erlangt hat, aufgerechnet werden, und vermöge dieser Aufrechnung wird jener Anspruch satisfactionsmässig aufgehoben, der Inhaber desselben muss sich durch den Erwerb für befriedigt erachten.

Die meisten Fälle, in denen solche Erwerbscompensationen vorkommen, gehören, soweit ich sehen kann, dem Erbrecht an.

Es gehören dahin:

die Compensation der Falcidischen Quart mit einer Forderung,

welche der Erbe gegen den Erblasser hatte und durch welche das Recht des ersteren, jene Forderung bei Berechnung der Quart zu deduciren, in quantum ausgeschlossen wird;

l. 15 § 3. 4 Dig. ad leg. Falc. 35. 2.

die sog. Compensation der Wechsellegate auf den Anspruch des Erben auf die Falcidische Quart;

l. 24 Cod. fam. ercisc. 3. 36. vgl. l. 22 pr. Dig. ad. leg. Falc. 35. 2.

die Compensation der Früchte der Zwischenzeit auf die sogenannte Trebellianische Quart, welche von dem gesetzlichen Imputiren der Zwischenfrüchte in die Quart wohl zu unterscheiden ist;

Compensation: l. 15 § 3 fin. Dig. 35. 2. l. 77 § 31 Dig. de leg. II. (31). — Imputation: l. 60 (58) § 5 Dig. ad SC. Treb. 36. 1., l. 19 § 1 eod.

die Compensation von letzwilligen der Frau von ihrem Vater gemachten Zuwendungen, durch welche die Frau sich unter Umständen für ihren Dotalanspruch gegen den Mann in quantum befriedigt erachten muss;

l. 22 § 3 Dig. sol. matrim. 24. 1 vgl. l. 34 § 5 Dig. de leg. II. (31).

das vertragsmässig verabredete Compensiren der Früchte der Pfandsache auf die Zinsen oder auch auf das Capital in den Fällen der l. 1 § 3 Dig. de pignorib. 20. 1. und l. 39 Dig. de pign. act. 13. 7. und endlich

diejenigen Fälle, in welchen ein „secum pensare“ oder „secum compensare“ in den Quellen erwähnt wird.

Die Aufrechnung bei den meisten dieser Erwerbscompensationen beruht auf ausgesprochenem oder interpretirtem letzten Willen, bei einigen auf Rechtsnormen, welche, ohne dass es nöthig oder mitunter auch nur möglich wäre, sie auf wirklichen wenn auch nur vermutheten Willen der Betheiligten zurückzuführen, aus der Natur der betreffenden Rechtsverhältnisse abgezogen sind, also auf ergänzendem Recht in diesem Sinne.

Letzteres ist insbesondere der Fall bei dem „secum pensare“.

Auch dieses und das mit ihm im wesentlichen gleichbedeutende secum compensare (s. unten sub VII) kommt in verschiedenen Rechtsverhältnissen vor. Der Hauptfall, welcher in der That auch besondere Eigenthümlichkeiten darbietet, ist das

secum pensare des Forderungspfandgläubigers, welcher vom Drittschuldner den Betrag der ihm verpfändeten Geldforderung eingehoben hat.

Zeit und Umstände haben veranlasst, dass die vorliegende Arbeit auf die Fälle des secum pensare bezw. compensare beschränkt wurde. Hier erschien es als nächste Aufgabe, das darüber überhaupt vorhandene Quellenmaterial zusammenzustellen und, zumal in der Literatur fast allein der vorbemerkte Fall des secum pensare beim Forderungspfandrecht behandelt worden ist, die sämmtlichen einzelnen Fälle desselben näher zu analysiren, während bei den Erörterungen im zweiten Theile der Arbeit von num. VI ab jener erwähnte Hauptfall, über dessen Natur vielfach verschiedene Ansichten aufgestellt worden sind, wieder mehr in den Vordergrund tritt.

Es sind im Ganzen sieben Stellen, sämmtlich aus den Digesten, in welchen der Ausdruck secum pensare bezw. secum compensare sich vorfindet, nämlich l. 18 pr. Dig. de pign. actione 13. 7., l. 13 § 2 Dig. de pignor. et hypoth. 20. 1., l. 9 § 3 Dig. de peculio 15. 1., l. 38 Dig. de jur. dot. 23. 3., l. 33 Dig. solut. matrim. 24. 3., l. 82 Dig. ad leg. Falc. 35. 2. und l. 39 fin. Dig. de furtis 47. 2.

Zwei derselben die l. 18 pr. de pignerat. act. und die l. 13 § 2 de pignor. et hypoth. beziehen sich auf das pignus nominis, und die letztere ist wenigstens nach ihrem auf das Afterpfand bezüglichen Inhalt eine der bekanntesten und besprochensten Stellen des gesammten corpus juris.

Die übrigen angeführten Stellen sind etwa mit Ausnahme der lex 9 § 8 de peculio (Brinz, Lehre von der Compensation S. 88) und der lex 33 solut. matrim.

> Windscheid, Pandect. § 352. not. 4. Cujac. ad h. leg. in tract. VII ad African. quaest. opera I p. 1221 ff. ed. Neapol.

in Betreff des secum pensare kaum irgend besprochen worden.

Endlich die letzte Stelle l. 39 de furtis — (Ulpianus 41 ad

Sabinum) — ist hier nicht näher in Betracht zu ziehen, weil in ihr von keinem Compensiren irgend welcher vermögensrechtlichen Art und Wirkung die Rede ist. Sie spricht aus, dass, wer ein scortum libidinis causa suppressit, weder furti noch ex lege Fabia hafte, weil zwar das factum, der äussere Thatbestand eines der lex Fabia unterfallenden Vergehens bezw. eines furtum vorliege, es aber an der causa, dem für die Haftbarkeit erforderlichen Motiv und animus fehle, und fügt hinzu: hic enim turpius facit, quam qui subripit, sed secum facti ignominiam compensat. In der Sintenis'schen Uebersetzung des corpus juris (IV. S. 831) lautet der betreffende Passus: Er hebt die Schlechtigkeit seiner That mit sich selbst auf. Der Sinn ist wohl: Eine äussere Strafe mag ihn zwar nicht treffen; denn sicher ist, dass er wenigstens kein fur ist; aber der Schimpf und die Schande (ignominia), welche ihn wegen seiner That trifft, bleibt doch auf ihm liegen und mit dieser muss er sich bei sich selbst abfinden. Wir dürfen wohl auch annehmen, dass diese facti ignominia nicht ganz folgenlos blieb, dass wir in ihr vielleicht sogar einen Fall der sog. infamia immediata, wenigstens der turpitudo vor uns haben, wenn auch dafür kein ausdrückliches Zeugniss vorhanden ist.

Es sind jetzt die übrig bleibenden 6 Stellen zu besprechen, die Fälle, in welchen nach den Quellen ein secum pensare bezw. compensare vorkommt, festzustellen und zu untersuchen, ob und welche juristische Wirkungen sich an dasselbe knüpfen.

I.

l. 18 pr. Dig. de pignerat. act. 13. 7. Paulus 29 ad edictum. Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, **exactam pecuniam tecum pensabis:** si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco.

Dieser Stelle ist sofort anzuschliessen die

l. 13 § 2 Dig. de pignorib. et hypothec. 20. 1. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. Cum

pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim, si res soluta fuerit? et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, **exacta ea creditorem secum pensaturum:** si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Die erste Stelle, aus dem Edictscommentar des Paulus und zwar sicher aus dem Edict über die actio pigneraticia

siehe Lenel, das edictum perpetuum p. 201. not. 3.

entnommen, handelt unbezweifelt von dem pignus nominis. Der Fall ist einfach der, dass Jemand eine ihm zustehende Forderung verpfändet, und der Forderungspfandgläubiger, von seinem jus exigendi Gebrauch machend, dieselbe vom Drittschuldner eingezogen hat. Je nachdem der Gegenstand der verpfändeten Forderung eine Geldsumme ist oder eine andere körperliche Sache, unterscheidet der Jurist:

Im ersten Falle wird der Pfandgläubiger das eingehobene Geld mit sich selber compensiren, auf seine Forderung gegen den Forderungsverpfänder aufrechnen, im anderen Falle wird die empfangene Sache pignoris loco bei ihm sein.

Wir müssen vorläufig dahingestellt sein lassen, wie dieser Vorgang des secum pensare zu denken und wie der allgemein und auch von uns angenommene Erfolg desselben, nämlich die Befriedigung des Forderungspfandgläubigers und die Aufhebung der Forderung desselben gegen den Pfandschuldner näher zu construiren sei.

Von der zweiten Stelle gehört hierher direct nur der Schlusssatz, in welchem der Verfasser des Fragments Marcianus bei Gelegenheit einer eingehenden Erörterung über das subpignus einen Ausspruch des Pomponius aus dem siebenten Buche von dessen Edictscommentar mittheilt.

Die überwiegende Mehrzahl der Interpreten dieser viel-

besprochenen Stelle[1]) finden in diesem Schlusssatz der lex 13 § 2 genau denselben Fall behandelt, welchen Paulus in l. 18 pr. de pignerat. act. besprochen hat. Ein Forderungspfandgläubiger hat eine ihm verpfändete Geldschuld vom Drittschuldner eingezogen und wird nun in Folge dessen mit sich selber compensiren.

Der Dissens beginnt eigentlich erst, wenn es sich um die Frage handelt, wie und in welchem Sinne Marcianus den von ihm angezogenen Ausspruch des Pomponius über das pignus nominis zur Entscheidung des von ihm speciell behandelten Afterpfandfalles herbeigezogen habe und habe herbeiziehen können. Indessen ist dieser Streit für unseren Gegenstand von keiner directen Bedeutung; wohl aber kann uns die unzweifelhafte Beziehung des im Schlusssatz des Fragments enthaltenen Ausspruches des Pomponius auf die den ersten Theil der lex bildende Erörterung des Marcianus über das Afterpfand dienlich sein, um noch zwei andere Fälle aufzufinden, in denen ein secum pensare eines Pfandgläubigers vorkommen kann.

Der eine dieser Fälle ist der, dass der Afterpfandgläubiger von dem ersten Verpfänder die Geldschuld, welche letzterer dem Afterverpfänder schuldig ist, bezahlt erhält. Es wird dadurch zwischen Afterverpfänder und Afterpfandgläubiger dasselbe Verhältniss hergestellt, welches beim Forderungspfandrechte durch die Zahlung des Drittschuldners an den Forderungspfandgläubiger eintritt, während die entsprechende Liberirung des ersten Verpfänders von seiner Schuld gegen den Afterverpfänder und ersten Gläubiger nicht durch irgend welche Compensation, sondern im Wege der solutio bewirkt wird. Denn die Leistung an den Afterpfandgläubiger wird angesehen als voluntate des Afterverpfänders geschehen (l. 11 § 5 Dig. de pignerat. act. 13. 7.)[2]).

Die Möglichkeit des secum pensare in dem eben angeführten zweiten Falle der Zahlung an den Afterpfandgläubiger

---

[1]) S. Literatur bei Windscheid, Pandecten 5. Aufl. I. § 239 not. 16, neuerdings Schwemann im Archiv für die civilist. Praxis B. 67, S. 301. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 199.

[2]) Vergl. Sohm, die Lehre vom subpignus, S. 100 u. 113, der den zahlenden ersten Schuldner von seinem Gläubiger übrigens nur ope exceptionis frei werden lässt; anders A. Schmid, Cession I, S. 154, not. 63.

ist unbezweifelt von dem Standpuncte derjenigen, welche die Afterverpfändung nothwendig oder wenigstens praesumtiv als eine Forderungsverpfändung betrachten, mittelst welcher die Forderung des ersten Gläubigers mit dem zur Sicherung derselben verpfändeten Pfandrechte an den Afterpfandgläubiger verpfändet wird[1]).

Denn dann ist der Afterpfandgläubiger Forderungspfandgläubiger und in demjenigen, was der erste Schuldner ihm zahlt, steht er, wie der Forderungspfandgläubiger zu demjenigen steht, was dieser von dem Drittschuldner einhebt. Aber dieser zweite Fall des secum pensare ist auch möglich vom Standpuncte derjenigen aus, welche das subpignus betrachten als Pfandrecht am Pfandobjekt oder als Pfandrecht am Pfandrecht und die erstversicherte Forderung entweder gar nicht

Sohm, S. 68 ff.; Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjekte S. 216

oder nur durch das verpfändete Pfandrecht hindurch vom Afterpfandrecht ergriffen sein lassen.

Windscheid, Pandecten § 239. not. 16 u. f.

Denn indem der Afterpfandgläubiger vom ersten Schuldner das Geld erhält, welches dieser zunächst dem Afterverpfänder schuldet, entsteht auch hier die Frage, welchen Einfluss dies auf die zwischen Afterpfandgläubiger und Afterverpfänder bestehende Obligation habe, und daher zieht Windscheid a. a. O. die Entscheidung des Pomponius im Schlusssatz der l. 13 § 2 de pignorib. ausdrücklich insoweit auch auf das Afterpfand, als er sagt, dass der das Geld eintreibende Afterpfandgläubiger dasselbe auf seine Forderung gegen den Afterverpfänder behalten dürfe — secum pensare —, an der anderen von ihm eingetriebenen Sache aber ein Pfandrecht habe — pignoris loco apud creditorem secundum erit —.

Endlich ist jedenfalls noch ein dritter Fall möglich. Eine verpfändete Forderung ist vom Forderungspfandgläubiger weiter verpfändet und dem Afterpfandgläubiger ist sodann vom Drittschuldner gezahlt worden. Hier wird wieder zwischen After-

[1]) Dernburg, Pfandrecht I, S. 478 und jetzt Pandecten I, S. 702 und Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs, p. 84 not. 102, p. 80 ff.; Kohler, Pfandrechtl. Forschungen p. 198 u. 203.

pfandgläubiger und Forderungspfandgläubiger die für das secum pensare Seitens des Ersteren erforderliche Sachlage begründet sein. Dies wird ausdrücklich anerkannt von Sohm (S. 138. 139). Schwemann, welcher in seinem „Versuch einer Erklärung der l. 13 § 2 de pignoribus“ im Archiv für die civilist. Praxis Band 67 no. VII. p. 301 ff. die zweite Hälfte dieser lex von „sed potest dubitari“ an sogar direct auf eine Forderungsafterverpfändung bezieht und es daraus erklären will, dass Marcian den auf das Forderungspfandrecht bezüglichen Ausspruch des Pomponius unmittelbar zur Entscheidung der im zweiten Theil des Fragments gestellten Frage habe herbeiziehen können (Schwemann a. a. O. p. 309), ist derselben Meinung. Wenn beim pignus nominis ein Compensiren stattfinde, wenn der Pfandgläubiger eine Geldforderung beigetrieben habe, so müsse ein solches Compensiren auch bei dem Forderungsafterpfande zwischen Afterverpfänder und Afterpfandgläubiger statthaben, wenn der letztere die verpfändete Geldschuld eingehoben habe.

Ob die l. 13 § 2 de pignoribus, wie es nach der Schwemann'schen Erklärung der Fall sein würde, einen directen quellenmässigen Beweis gerade für unseren dritten Fall des secum pensare liefert, kann dahingestellt bleiben; mir scheint es nicht wahrscheinlich, dass Marcian im zweiten Theile der Stelle sich zunächst oder gar ausschliesslich mit dem Afterpfande einer Forderung beschäftigt habe; meiner Ansicht nach dürfte die Vangerow'sche Auslegung der Stelle [1]), wenigstens was die Construirung des von Marcian ins Auge gefassten Falles betrifft, noch die meiste Wahrscheinlichkeit für sich haben, nämlich dass die nummi soluti und ebenso die res soluta, von denen die Rede ist, dem Afterpfandgläubiger vom ersten Verpfänder geleistet worden sind, und nun gefragt wird, ob dem Afterverpfänder eine Klage auf Herausgabe derselben zu geben ist. Dies wird mit Beziehung auf den Ausspruch des Pomponius über das Forderungspfandrecht für beide Fälle verneint; für die nummi soluti, weil der Afterpfandgläubiger sie ebenso gut auf seine Forderung gegen den Afterverpfänder auf-

[1]) Vangerow, Lehrbuch der Pandecten I, S. 815 (7. Auflage).

rechnen kann und wird, wie der Forderungspfandgläubiger das vom Drittschuldner eingehobene Geld auf seine Forderung gegen den Forderungspfandschuldner compensiren kann; für die res soluta, weil diese der Afterpfandgläubiger, ebenso wie der Forderungspfandgläubiger die ihm vom Drittschuldner geleistete Sache pignoris loco bei sich behalten kann. In beiden Fällen wird daher, falls die Vereinnahmung feststeht, dem Afterverpfänder die erbetene actio utilis schon in jure denegirt werden (quaeritur, an actio danda sit). Möglich ist es — darin wird man Schwemann beistimmen können — dass unter dem creditor, um dessen utilis actio es sich bei der Frage des Marcianus handelt, nicht gerade ausschliesslich bloss ein gewöhnlicher Afterverpfänder, sondern auch der Afterverpfänder eines nomen verstanden werden kann. Dann würde sogar eine doppelte Möglichkeit vorhanden sein, wie der Afterpfandgläubiger zum secum pensare des von ihm eingehobenen Geldes kommen könnte. Denn der Boden für dasselbe würde gegeben sein, sowohl wenn der Forderungsafterpfandgläubiger vom ersten Verpfänder dasjenige Geld, welches dieser dem Afterverpfänder schuldete, als auch wenn er vom Drittschuldner das Geld, welches dieser dem ersten Schuldner und Forderungsverpfänder schuldig war, ausgezahlt erhielte.

Bleiben wir indessen bei unserem ersten Falle des secum pensare stehen, welcher allein sicher quellenmässig beglaubigt ist sowohl durch l. 18 pr. de pignerat. act. als auch durch den richtig verstandenen Schlusssatz der l. 13 § 2 de pignoribus und zugleich derjenige ist, welcher allein häufiger vorkommen dürfte.

Hier können wir, ehe wir noch die anderen Fälle des secum pensare erörtert haben, zwei Puncte schon vorläufig feststellen, erstens: Wer ist derjenige, der nach unseren Stellen secum pensabit? Es ist unzweifelhaft der Forderungspfandgläubiger, welcher von dem Drittschuldner das von diesem dem Forderungsverpfänder geschuldet gewesene Geld eingezogen hat. Von Gaupp[1]) und von Huschke[2]) ist bekanntlich die Lesart des Schlusssatzes der l. 13 § 2 angefochten worden. Gaupp will

[1]) de nominis pignore p. 43 ff.

[2]) Giessener Zeitschrift für Civilrecht und Process XX. S. 229.

hinter die Worte: exacta ea noch ein solvit einschieben, kommt aber trotzdem zu dem Resultate, dass der Afterpfandgläubiger es ist, welcher secum pensirt, freilich auf dem verkünstelten Umwege, dass er das an den Afterverpfänder vom ersten Pfandschuldner eingezahlte Geld sich von Ersterem mit einer actio hypothecaria utilis abgeholt hat und nun mit diesem so erlangten Gelde gegenüber dem Afterverpfänder compensirt. Huschke[1]) glaubt zu einer ziemlich tiefgreifenden Textänderung schreiten zu müssen, die übrigens weder beglaubigt noch nöthig ist (vgl. Sohm S. 121 ff.) und in Betreff des secum pensare auch nur zu dem Ergebnisse führen würde, dass im Schlusssatz der l. 13 § 2 von unserem zweiten möglichen Falle — der Afterpfandgläubiger hat das Geld, welcher der erste Verpfänder dem Afterverpfänder schuldete, erlangt und rechnet es sich nun auf seine Forderung gegen den Afterverpfänder an — die Rede sein würde. Die von Huschke befürwortete Textveränderung und der Umweg, den er einschlägt, um das Geld an den Afterpfandgläubiger gelangen zu lassen, hat lediglich den Zweck, für den letzteren eine sehr fragliche actio in rem utilis wegen der vom Afterverpfänder vereinnahmten nummi zu construiren; wenn der Afterpfandgläubiger den Betrag dieser nummi erlangt hat, dann findet auch nach Huschke ein secum pensare des Afterpfandgläubigers statt. Nun lässt es sich wohl denken, dass eine actio in rem utilis des Afterpfandgläubigers auf die dem Afterpfandgläubiger gezahlten nummi unter besonderen Umständen, nämlich wenn der Afterverpfänder etwa in Concurs fällt, und die nummi wirklich noch in natura vorhanden wären, einen Nutzen für den Afterpfandgläubiger haben würde; aber wenn er sie resp. ihren Betrag gleichviel, auf welchem Wege ob durch actio in rem oder actio pigneraticia contraria aus dem Afterpfandverhältniss oder durch seine Forderungsklage, wirklich vom Afterverpfänder selbst erlangt hat, so lässt sich nicht wohl einsehen, warum man dies nicht als eine direkte Befriedigung des Afterpfandgläubigers mittelst solutio ansehen und zur Tilgung der Schuld zwischen Afterpfandgläubiger und Verpfänder erst noch ein secum pensare des letzteren erfordern will, wogegen im Falle, dass das

[1]) Zeitschrift für Civilrecht und Process XX. S. 229.

Geld nicht vom Verpfänder, sondern von einem Dritten — dem dominus der afterverpfändeten Sache oder dem Drittschuldner — an den Afterpfandgläubiger oder Forderungspfandgläubiger gelangt, wenigstens von einer directen und eigentlichen Zahlung der Schuld zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger nicht gesprochen werden kann. Dasselbe würde natürlich auch gegen die Gaupp'sche Textänderung geltend zu machen sein.

Noch ist einer eigenthümlichen Ansicht zu erwähnen, welche neuerdings Schwemann in der oben erwähnten Abhandlung, — Archiv für die Civilist. Praxis. B. 67 S. 305, — aufgestellt hat. Nach ihm soll zwar in beiden Stellen, der l. 18 pr. de pignerat. act. und dem Schlusssatz der l. 13 § 2 de pignoribus, der gleiche Rechtssatz ausgesprochen sein, nämlich dass, wenn der Schuldner einer verpfändeten Forderung Geld schuldet und solches dem Forderungspfandgläubiger zahlt, die gesicherte Forderung durch Compensation erlösche; aber der Ausdruck dieses Rechtssatzes sei in beiden Stellen grundverschieden. Paulus in l. 18 pr. lasse den Pfandgläubiger aufrechnen; von ihm gehe die Compensation aus und dadurch gelange er zu seinem Rechte; dagegen bei Pomponius im Schlusssatz der lex. 13 § 2 de pignoribus gehe die Compensation aus von dem vom secundus creditor streng unterschiedenen creditor, also vom Pfandschuldner. Schwemann glaubt diese Auslegung nöthig zu haben, um den creditor des Marcianus als den Afterverpfänder einer Forderung auffassen zu können. Für uns, die wir den creditor des Marcianus als Afterpfandgläubiger schlechthin verstehen, ist dies natürlich in keiner Weise massgebend. Einen äusseren Anhalt für die Auslegung Schwemann's bietet die Stelle nicht. Wollte man Werth darauf legen, dass in ihr der creditor, der das Geld eingehoben hat, schlechthin als creditor, derjenige, welcher ein corpus vom Drittschuldner bezahlt erhalten hat, als creditor secundus bezeichnet wird, so würde dieser Umstand den Gegensatz in die Stelle selbst verlegen, während derselbe nach Schwemann doch zwischen den beiden Stellen, der l. 18 pr. und der l. 13 § 2 bestehen soll. Ein solcher Gegensatz in der Stelle selbst ist aber gar nicht vorhanden; es ist daher unnöthig, in den Text der Florentina hinter dem ersten creditor, wie bisweilen vorge-

schlagen, noch „secundum“ einzufügen. Die Stelle würde dadurch blos schleppend werden. Indem Marcian am Schluss ausdrücklich den creditor, welchem das corpus gezahlt wird, als secundus bezeichnet, deutet er gerade unmissverständlich an, dass der erstgenannte creditor, welcher mit dem vom Drittschuldner exigirten Gelde compensiren wird, nicht der Forderungsverpfänder und erste Gläubiger, sondern der Forderungspfandgläubiger ist. Dafür spricht entscheidend noch das „exacta pecunia“, denn wirksam exigiren kann nach geschehener Forderungsverpfändung nur der Forderungspfandgläubiger; dem Verpfänder kann wohl, falls dem Drittschuldner noch nicht denuncirt ist, noch wirksam gezahlt werden, aber wirksam einfordern kann er bekanntlich nicht. Wenn Pomponius den Forderungsverpfänder hätte compensiren lassen wollen, so hätte er statt „exacta pecunia“ schreiben müssen: si solverit pecuniam, und weil er am Schluss der Stelle schrieb: si is corpus debuerit et solverit, musste er den Gläubiger, dem gezahlt wurde, wirklich als secundus creditor bezeichnen, weil ein freiwilliges Leisten allerdings auch an den primus creditor, den Forderungsverpfänder möglich ist. Materiell wird die Ansicht Schwemann's dadurch widerlegt, dass, wie gleich ausgeführt werden wird, wenn der Forderungspfandgläubiger eingehoben hat, der Verpfänder gar nichts hat, womit er compensiren könnte, weder eine Forderung noch das Geld, welches ja beim Pfandgläubiger ist. Wir haben daher trotz der Schwemann'schen Auslegung bei der allgemeinen Meinung stehen zu bleiben, dass der Forderungspfandgläubiger es ist, der in l. 13 § 2 de pignoribus ebensowohl wie in l. 18 pr. de pignerat. act. mit sich compensirt.

Nun denken zwar Schwemann und mit ihm nicht wenige Andere bei unserem secum pensare offenbar an ein ganz gewöhnliches Compensiren von Forderung und Gegenforderung, bei welchem freilich für jeden der beiden Betheiligten die Möglichkeit gegeben ist, gegen den anderen zu compensiren. Auch werden wir später zu entwickeln haben, dass bei unserem „secum pensare“ der Verpfänder zwar nicht selbst compensirt, wohl aber eintretendenfalls berechtigt sein kann, sich darauf zu berufen, dass der Forderungspfandgläubiger, welcher das

Geld vom Drittschuldner eingehoben hat, seinerseits mit sich compensiren könne und zu compensiren habe. Aber von einer gewöhnlichen Compensation — das vermögen wir schon aus unseren beiden Stellen zu erkennen und das ist der zweite hier schon hervorzuhebende Punct — ist das Alles doch ganz wesentlich verschieden. Es fehlt an der Gegenseitigkeit der Forderungen; es sind überhaupt nicht zwei Forderungen, eine Forderung und eine Gegenforderung da, welche mit einander compensirt werden könnten, sondern nur eine einzige. Nur der Forderungspfandgläubiger hat im Moment, wo es zum secum pensare kommt, eine Forderung gegen den Pfandschuldner und der Forderungspfandgläubiger ist es, welcher mit sich compensiren und diese seine Forderung damit satisfactionsweise zur Aufhebung bringen wird. Aber wo ist die Gegenforderung des Pfandschuldners, welche, wenn gewöhnliche Compensation vorläge, dieser letztere, also der Schuldner dem Gläubiger gegenüber zur Aufrechnung bringen und dadurch die diesem gegen ihn zustehende Forderung durch Compensation aufheben könnte? Man wird vielleicht sagen, die erforderliche Gegenforderung bestehe in einer actio pigneraticia directa des Forderungsverpfänders auf Herausgabe des vom Drittschuldner eingehobenen Geldes. Es mag jetzt genügen, dem gegenüber darauf hinzuweisen, dass eine solche fällige actio pigneraticia auf Herausgabe noch gar nicht existiren kann, weil dieselbe voraussetzen würde, dass die Pfandforderung bereits getilgt wäre, diese Tilgung ja aber erst durch das secum pensare des Pfandgläubigers herbeigeführt werden soll. Wollte man aber annehmen, dass die Tilgung der Pfandforderung schon durch die Einhebung des Geldes erfolgt sei, so würde von einer ferneren Aufhebung derselben erst durch Compensation noch vielweniger die Rede sein können und endlich: die actio pigneraticia directa würde ja dann darauf hinaus gehen, die tilgende Einnahme dem Pfandgläubiger wieder weg zu nehmen und dieselbe an den Verpfänder zu bringen, was selbstverständlich ganz unmöglich ist. So haben wir in unseren Stellen wirklich einen Fall, in welchem nicht blos der Pfandgläubiger compensirt, sondern in welchem auch von einem Gegenüberstehen compensabler Forderungen und einer Tilgung sich gegenüberstehender Forderungen durch Aufrechnung nicht die Rede sein kann. Vielmehr wird durch

unsere Compensation nur eine Forderung aufgehoben: die durch das Forderungspfandrecht versichert gewesene Forderung des Pfandgläubigers gegen den Pfandschuldner, und sie wird nicht aufgehoben durch Gegenrechnung mit einer gar nicht existirenden Gegenforderung des Pfandschuldners, sondern dadurch, dass der Pfandgläubiger, „exactam pecuniam", das vom Drittschuldner eingehobene Geld auf seine Pfandforderung sich aufrechnet und dadurch sich so wegen der letzteren für befriedigt erklärt und für befriedigt zu erachten hat. Was hier in die Waagschale gelegt wird, um die Forderung des Pfandgläubigers aufzuwägen und dadurch aufzuheben, was hier zur Compensation verwendet wird, ist somit nicht eine Gegenforderung, sondern es ist ein Erwerb, den der Pfandgläubiger gemacht, die Vermögensvermehrung, welche er durch das vom Drittschuldner eingehobene Geld empfangen hat. Wir haben es also mit einer besonderen Art der Compensation zu thun, die ich schon oben als Erwerbscompensation bezeichnet habe und die sich dadurch characterisirt, dass Jemand, welcher in einer gewissen Eigenschaft eine Vermögensvermehrung erhalten hat, berechtigt und bezw. auch verpflichtet ist, den gemachten Erwerb auf einen Anspruch, der ihm in anderer Eigenschaft zusteht, aufzurechnen und sich dann für letzteren in quantum durch den gemachten Erwerb für befriedigt erachten muss. Mit der Zahlung, der Annahme an Zahlungsstatt, der durchgeführten Compensation und überhaupt den satisfactionsweisen Aufhebungsarten der Obligationen stimmt diese Erwerbscompensation, speziell unser hier behandeltes secum pensare im Effect überein; der Pfandgläubiger wird befriedigt, wie durch Zahlung; er hat zwar nicht dasjenige erhalten, was ihm geschuldet wurde, aber er hat eben soviel erhalten und dadurch muss er sich für seine Forderung für befriedigt erachten.

Von der gewöhnlichen, gerichtlichen oder vertragsmässigen Compensation unterscheidet sich unsere Aufrechnung durch secum pensare wesentlich dadurch, dass letztere, wie bemerkt, Erwerbscompensation ist, keine Aufrechnung von Forderung und Gegenforderung. So wesentlich dieser Unterschied ist, indem daraus namentlich auch folgt, dass das secum pensare eine einseitige Aufrechnung ist, welche von dem Erwerbenden be-

wirkt wird, so darf man doch darüber die Verwandtschaft nicht unbeachtet lassen, welche zwischen dieser und der gewöhnlichen Compensation vorhanden ist und bei tieferem Eingehen hervortritt. Gerade nach derjenigen Auffassung der Compensation, welche mit Recht in neuerer Zeit vertreten worden ist, ist man im wesentlichen darüber einverstanden, dass die durchgeführte Compensation als Befriedigung wirkt und zwar dadurch, dass der Gläubiger Befriedigung erhält durch die Befreiung von der ihm obliegenden Schuld, ja dass es sich im Grunde so mit beiden Theilen verhält. Denn auch der Schuldner findet sich befriedigt durch die ihm auf Grund seines Compensationsverlangens zu Theil werdende Befreiung von der gegen ihn bestehenden Gegenforderung.

Ebenso, wenn die vertragsmässige Compensation jetzt aufgefasst zu werden pflegt als ein gegenseitiger Erlassvertrag, bei welchem Erlass gegen Erlass ausgetauscht werde,

Windscheid, Pandecten II § 351 not. 2a ff.;
Eisele, die Compensation nach Römischem und gemeinem Recht S. 236. 385. 386.

ist es die hieraus sich ergebende Befreiung von der eigenen Schuld, welche für jeden Theil die satisfactorische Aufhebung der ihm zustehenden Forderung bewirkt. Nun enthält aber jede Befreiung für den liberirten Schuldner einen Erwerb, eine Vermögensvermehrung und zwar genau in dem Betrage, zu welchem der Liberirte Schuldner war, und somit ist es nach der hier angedeuteten Auffassung doch wieder in letzter Linie ein Erwerb, nämlich die Befreiung von der eigenen Schuld, wodurch auch bei der gerichtlichen und vertragsmässigen Compensation die satisfactorische Aufhebung der gegenseitigen Forderungen vermittelt wird.

Bei der gerichtlichen, wie bei der vertragsmässigen Compensation aber muss jener Erwerb, durch welchen jeder Theil seine Befriedigung erhalten soll, nämlich die Befreiung von der eigenen Schuld gegen den Gegner, erst hergestellt bezw. vollzogen werden durch den Compensationsvertrag oder durch richterlichen Ausspruch; und eine der Hauptfragen in der Geschichte und Dogmatik der gerichtlichen Compensation ist bekanntlich die Frage, auf welchem Wege und wodurch die

Compensation vollzogen, d. h. jene gegenseitige Befreiung herbeigeführt wird. Hingegen bei unserem secum compensare, wie bei allen Erwerbscompensationen, ist derjenige Erwerb, welchen der Anspruchsinhaber sich aufzurechnen hat, schon von ihm gemacht, und es handelt sich blos darum, dass er durch denselben kraft Rechtsvorschrift sich für einen gewissen Anspruch für befriedigt erachten muss. Dass dieser zu compensirende Erwerb auch beim secum compensare in der Befreiung von einer eigenen Schuld bestehen kann, wird sich namentlich auch bei der Erörterung der l. 33 Dig. solut. mat. 24. 3. zeigen.

II.

l. 9 § 8 Dig. de peculio 15. 1. Ulpianus lib. 29 ad edictum [1]).

Item deducetur de peculio, si quid dominus servi nomine obligatus est aut praestitit obligatus: ita si quid ei creditum est iussu domini: nam hoc deducendum Iulianus libro duodecimo digestorum scribit. sed hoc ita demum verum puto, si non in rem domini vel patris quod acceptum est pervenit: **alioquin secum debebit compensare.** sed et si pro servo fideiusserit, deducendum Iulianus libro duodecimo digestorum scribit. Marcellus autem in utroque, si nondum quicquam domino absit, melius esse ait praestare creditori, ut caveat ille refusurum se, si quid praestiterit dominus hoc nomine conventus, quam ab initio deduci, ut medii temporis interusurium magis creditor consequatur. sed si de peculio conventus dominus condemnatus est, debebit de sequenti actione de peculio deduci: coepit enim dominus vel pater iudicati teneri: nam etsi quid servi nomine non condemnatus praestitisset creditori, etiam hoc deduceret.

[1]) Die Stelle ist überhaupt wenig und in Betreff des uns hier beschäftigenden Punctes nur von Brinz, Lehre von der Compensation S. 87 u. 88 besprochen, vergleiche hierzu Dietzel, das peculium im Römischen und heutigen Recht, Bekker's und Muther's Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, B. II. S. 29; auch Cujacius lib. 12 Dig. Jul. opp. VI. p. 65 enthält nichts, ebensowenig die Basiliken, supplementum edid. Zachariae von Lingenthal p. 212. Oefter erwähnt ist die Stelle von Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht, namentlich II. S. 382, 389, 392, 553, 569.

Ulpian beschäftigt sich in der ganzen lex 9 von § 2 an mit der deductio vom peculium. Bekanntlich ist es dem Gewalthaber, Herrn. oder Hausvater, wenn er aus einem Geschäfte seines Sclaven oder Hauskindes mit der actio de peculio verklagt wird, gestattet, seine eigenen Naturalforderungen gegen den Gewaltuntergebenen in Abzug zu bringen und dadurch zu bewirken, dass Condemnation gegen ihn nur auf den Reinbetrag des peculium abzüglich jener Deductionsposten erfolgt. Dieses Deductionsrecht des Gewalthabers hat sogar seinen Ausdruck in der unter den Römischen Juristen hergebrachten Definition des peculium gefunden, wonach dasselbe ist, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur (l. 5 § 4 Dig. de pecul. 15. 1.). Der practische Erfolg des Deductionsrechts des Herrn ist, dass es ihm allen anderen Gläubigern des Gewaltuntergebenen gegenüber ein Vorzugsrecht verschafft, während zwischen dritten Peculiargläubigern die Prävention entscheidet.

Deductionsposten sind zunächst die eigenen Forderungen des Gewalthabers an den subjectus, ferner die Forderungen, die ein conservus gegen ihn hat, sowie auch Forderungen dritter Personen gegen den Gewaltuntergebenen, falls der Gewalthaber als tutor, curator, negotiorum gestor für die richtige Einziehung derselben dem Dritten verantwortlich ist. (l. 9 § 3, 4 Dig. de pecul. 15. 1.)

In diesem § 8 der l. 9 bespricht Ulpian noch eine besondere Art von Deductionsposten; nämlich deducirt werden kann auch der Betrag gewisser Verpflichtungen, welchen der Herr dritten Personen gegenüber nomine servi unterworfen ist. Zweifellos ist, dass der Herr abziehen kann, wenn er Dritten, denen er nomine servi oder filii verpflichtet ist, freiwillig geleistet hat oder deshalb bereits verurtheilt ist. Indess ist dieses nichts besonderes; es fällt in die Regel, weil in solchem Falle dem Gewalthaber schon aliquid abest, also für ihn bereits eine eigene Forderung gegen den subjectus, ein fälliger naturaler Regressanspruch begründet ist. Aber das Besondere, was im Anfang unseres § 8 ausgesprochen wird, ist, dass in gewissen Fällen auch dasjenige deducirt werden kann, wozu der Herr nomine servi blos erst obligirt ist, ohne dass er bereits Zahlung geleistet hätte oder des-

halb bereits condemnirt worden wäre, dass er also den Betrag einer noch nicht fälligen, einer erst blos möglichen Regressforderung schon im voraus zum Abzug bringen kann.

> Item deducetur de peculio, si quid dominus servi nomine obligatus est ... ita si quid ei creditum est jussu domini... sed et si pro servo fideiusserit, deducendum Iulianus libro duodecimo digestorum scribit (§ 8 cit.).

Uebrigens kann der Herr nicht alles abziehen, wofür er nur erst servi nomine verhaftet ist, auch wenn er dasselbe, falls er es wirklich geleistet hat, abziehen darf. So darf er nicht abziehen, wofür er de peculio oder de in rem verso einem Dritten nur erst obligirt ist[1]), und, wie ich meine, auch nicht, wenn er einem Dritten mit der exercitoria oder institoria haftet. Was die Verhaftung des Herrn de peculio betrifft, so erklärt sich der Ausschluss der Deduction hier leicht. Zunächst würde sich der Betrag der Deductionsposten im voraus hier gar nicht haben bestimmen lassen, weil der Umfang der Obligirung des Gewalthabers de peculio nach dem jeweiligen Umfang des peculium wechselte. Dem hätte man allenfalls durch Cautionen abhelfen hönnen. Aber principiell stand jeder im voraus Berücksichtigung von anderweitigen Verpflichtungen des Herrn de peculio entgegen der bei der actio de peculio geltende Grundsatz der Prävention. Hätte man dem ersten Peculienkläger gegenüber auch das deduciren lassen, was der Herr noch Anderen de peculio schuldete, so würde man den Erstklagenden zu Gunsten des Zweiten, der seinen Anspruch de peculio noch nicht geltend gemacht resp. noch nicht durchgesetzt hatte, benachtheiligt und ihm den Vortheil seiner Prävention geradezu vereitelt haben (vgl. l. 10 Dig. de peculio 15. 1.). Hingegen bei der actio de in rem verso und den Klagen aus Präposition liegt die Sache so, dass, weil die haftbar machenden Geschäfte die eigenen Angelegenheiten des Herrn betreffen, selbst die Leistung aus ihnen dem Herrn keinen Regressanspruch geben würde. Dagegen sind als Hauptbeispiele unserer Deduction auf Grund nur erst blosser Obligirung des dominus servi nomine im § 8 selbst angeführt die actio quod jussu, mit welcher der Herr dem Dritten wegen des

---

[1]) S. Mandry, Familiengüterrecht II. S. 392.

nach seinem jussus abgeschlossenen Geschäfts in solidum verhaftet ist, und der Fall, wo der Herr für eine Schuld des Sclaven sich verbürgt hat. Hinzuzufügen ist, was ich bis jetzt noch nicht bemerkt finde, dass der Herr auch deduciren kann, wofür er mit der tributoria Dritten erst nur obligirt ist, weil er bei der Vertheilung der merx peculiaris seine eigene Handelsforderung an den handeltreibenden Sclaven ganz zurückbehalten, dadurch andere Handelsgläubiger verkürzt und sich ihnen gegenüber mit der tributoria haftbar gemacht hat. Dies besagt die interessante lex ult. Dig. de tributoria actione 14. 4.

> Quaesitum est, an deducere dominus de peculio debeat, quod tributoria agenti praestaturus sit.

Freilich greift hier auch der Gesichtspunct ein, dass der Herr, welcher sich bei Vertheilung des Handelsguts mehr als gebührend zurückbehält, sich wegen seiner Forderung an den Sclaven in der That nicht voll, sondern mit Effect nur bis zum Belauf des aus dem Handlungsfonds richtig Zugetheilten befriedigt hat; aber dies doch eben nur deshalb, weil er wegen des zuviel Zurückbehaltenen den übrigen Handelsgläubigern jetzt mit der tributoria verhaftet ist.

> l. 12 cit. de tribut. act. verbis: nec intellegendus est servum a se liberasse eo, quod quinque (das zuviel Zurückbehaltene) adhuc nomine eius (servi) tributoria actione praestaturus sit.

An die Erwähnung dieser Deductionsposten, bei denen der Gewalthaber nicht nur, wenn er aus seiner Verhaftung nomine servi geleistet hat, sondern schon wenn er deshalb nur erst obligirt ist, deduciren darf, schliesst nun Ulpian in § 8 die Bemerkung, diese Deduction könne aber wirksam vom Herrn nur dann resp. insoweit ausgeübt werden, als nicht aus dem Geschäfte, für welches der Herr nomine servi hafte, etwas in das eigene Vermögen des Herrn gelangt sei:

> si non in rem domini vel patris quod acceptum est pervenit.

Denn sonst, wenn dies der Fall sei, werde der Herr das in suam rem Gelangte mit sich aufrechnen müssen:

> alioquin secum debebit compensare.

Der Sinn ist, dass auf diesem Wege die Geltendmachung der

Deductionsposten ausgeschlossen oder wenigstens insoweit gemindert wird, als das aus dem betreffenden Geschäfte in das eigene Vermögen bereits Gelangte reicht.

Ehe ich auf diesen zweiten Fall des secum compensare eingehe, habe ich des Zusammenhanges halber noch den auch sonst interessanten Schluss der Stelle in Betracht zu ziehen. Schon Marcellus nämlich hat, wie uns Ulpian weiter berichtet, die ganze obige Deductionsbefugniss wegen blosser Obligirung des Herrn als unbillig gegen den klagenden Peculiargläubiger erkannt und einen Weg angegeben, auf welchem man den Interessen beider Theile, sowohl des Peculiargläubigers als auch des von ihm verklagten dominus, besser gerecht werden könne als durch jene dem Herrn zugestandene Deduction. Dieser Weg ist der im Römischen Process so häufig eingeschlagene einer Cautionsleistung, welche offenbar officio judicis vermittelt wurde. Dem dominus wird nicht gestattet, gleich jetzt der erhobenen actio de peculio gegenüber seine erst künftige und möglicherweise gar nicht eintretende Regressforderung als Deductionspost geltend zu machen. Dagegen wird aber der Peculienkläger, welcher nun die volle Condemnationssumme de peculio, ohne Abzug jener Regressforderung, zuerkannt erhält, angehalten, dem dominus dahin Cautionsversprechen zu leisten, dass er ihm zurückerstatten werde, was der dominus, wenn er etwa später nomine servi belangt werde, deshalb werde bezahlen müssen. So ist dem Peculiargläubiger geholfen, weil er seine Forderung, so weit es der wirkliche Stand des peculium zur Zeit der Condemnation gestattet, sofort voll ausgezahlt erhält und keine Zwischenzinsen verliert, und auch der Herr kann sich nicht beschweren, weil er für den Fall, dass er nomine servi später noch bezahlen muss, vermöge der Caution das Gezahlte zurückerlangen kann, und ihm auf diese Weise dieselbe Deckung für seine künftige Regressforderung zu Theil wird, welche ihm die Ausübung des Deductionsrechtes gegen den Peculienkläger verschafft haben würde.

Diese Art der Deduction vom peculium wegen noch nicht fälliger Regressforderungen sowie die nach Marcellus an ihre Stelle tretende Cautionsleistung behufs Vermeidung unbilligen Verlustes von Zwischenzins bieten interessante Vergleichungspuncte

mit der uns aus Gajus bekannt gewordenen deductio gegenüber dem bonorum emtor, der Aufrechnung im Concurs, welche wir nicht mit Unrecht uns gewöhnt haben, als eine besondere Art der Compensation des classischen Rechts zu betrachten. Wir wissen von letzterer, dass sie ebenfalls auf Grund noch nicht fälliger Forderungen gegen den bonorum emtor statt hatte (Gaj. IV. 67), wie unsere Peculiendeduction wegen noch nicht fälliger Regressforderungen des Herrn gegen den Gewaltuntergebenen. In der feinen und mir sehr wahrscheinlich erscheinenden Ausführung Lenel's[1]) über l. 28 Dig. pro socio 17. 2. Paulus 60 ad edictum findet sich auch in einem Falle der Concursdeduction eine Cautionsleistung, welche derjenigen der l. 9 § 8 de peculio sehr ähnlich ist. Ein socius, der Gelder in die Societätskasse schuldet, hat mit einem Dritten in Societätsangelegenheiten contrahirt und ist ihm daraus Geld zu einem künftigen Termin schuldig geworden; er hat also deshalb einen künftigen Regressanspruch pro rata gegen die übrigen socii. Die Societät löst sich vor dem Eintritt des dies dadurch auf, dass ein anderer socius in Concurs fällt. Es fragt sich, ob jener erste socius dem bonorum emtor des Cridars gegenüber pro rata diejenige Summe, welche er dem Dritten ex die schuldet, d. h. also seine künftige antheilige Regressforderung, zur Deduction bringen kann. Dass er sich für diese Summe durch Deduction dem bonorum emtor gegenüber decken könnte, wenn er dem Dritten schon beim Concursausbruche jene Schuld bezahlt hätte, ist zweifellos. Hat er sie aber noch nicht bezahlt, so spricht ihm Paulus die Deduction ab; an Stelle der Deduction wird ihm der Anspruch auf eine Caution defensu iri gegeben, die der bonorum emtor wie die etwaigen übrigen socii ihm zu leisten haben. Das Resultat ist, dass der erste socius gegen den ihm drohenden Verlust an seiner künftigen Regressforderung schon jetzt ebenso vollständig gedeckt ist, wie durch Deduction, andererseits der bonorum emtor sein volles Geld, welches er aus der Person des Cridars vom ersten socius zu fordern hat, ohne Abzug durch Deduction, sofort bekommt. Zweck und Ergebniss dieser Cautionsleistung ist also im wesentlichen derselbe, wie bei

[1]) Quellenforschungen in den Edictscommentaren in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Roman. Abth. B. IV. nu. VIII. S. 120.

derjenigen, welche im Falle der l. 9 § 8 de peculio Marcellus dem Peculienkläger auferlegt.

Ich erkläre mir den Ausschluss der Deduction im Falle der l. 28 pro socio allerdings noch etwas anders, als Lenel a. a. O. S. 120 a. E. Meiner Meinung nach ist es nicht blos die Ungewissheit der Regressforderung des socius, welche hier die vorläufige Deduction unbedingt ausschliesst, sondern wesentlich auch der Umstand, dass beide Forderungen, die des Cridars und die künftige Regressforderung des ersten socius, aus dem Societätsverhältnisse originiren und hier für den Abzug solcher Forderungen auch dem bonorum emtor gegenüber schon im classischen Rechte nicht sowohl die Grundsätze über Deduction, sondern diejenigen, welche über Compensation beim bonae fidei negotium ex eadem causa galten, zur Anwendung kommen mussten, namentlich also nicht fällige Gegenforderungen nicht compensirt und abgezogen, sondern höchstens durch Cautionen gedeckt werden konnten.

Endlich dürfte der Schluss unserer Stelle auch für eine der bekanntesten Fragen der Compensationslehre von Bedeutung sein. Nach der herrschenden Ansicht werden bekanntlich die sich gegenüberstehenden Forderungen zwar durch die blosse Coexistenz noch nicht ohne weiteres aufgehoben; wenn aber später die Compensation vorgenommen wird, so wird der Eintritt der aufhebenden Wirkung auf den Moment der Coexistenz zurückgezogen. Die herrschende Ansicht, sowie alle diejenigen Ansichten von Martinus-Tyndarus bis auf Windscheid und Brinz, welche dem ipso jure compensari eine materielle, nicht blos eine processuale Wirkung zuschreiben und durch die Coexistenz die Forderungen von selbst sine facto hominis sich aufheben oder ihnen wenigstens sofort eine Affection und Lähmung beigebracht werden lassen, stützen sich, abgesehen von den bekannten ipso jure Stellen, hauptsächlich auf zwei Argumente, die Sistirung des Zinsenlaufs ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur

l. 4 Cod. de compensat. 4. 31.

und die Zulassung einer condictio indebiti,

l. 10. § 1 Dig. de compens. 16. 2.

wenn derjenige, welcher compensiren konnte, in Unkenntniss

über sein Compensationsrecht baar gezahlt hat. Die Schlüssigkeit dieser Gründe ist neuerdings mehrfach angefochten worden von Schwanert, von Eisele und neuestens von Stampe in seiner Schrift: Das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris judicium, meines Erachtens mit vollem Recht[1]). Auch ich meine, dass die Bestimmungen über die Sistirung des Zinsenlaufs, welche fast sämmtlich auf Rescripten aus dem Anfang und der Mitte des dritten Jahrhunderts beruhen, nicht als blosse Consequenzen aus der Natur der Compensation aufgefasst werden dürfen, sondern auf einem selbständigen Rechtsgedanken des jus aequum beruhen, welchem für die Compensation durch positive kaiserliche Satzung Geltung verschafft worden ist. Und zwar geht meine Meinung dahin, dass das Verhältniss zwischen der sogenannten Compensabilität und dem Rechtssatze von der Hemmung des Zinsenlaufes lediglich das ist, dass die Coexistenz compensabler Forderungen blos den Boden hergibt, auf welchem die Sistirung des Zinsenlaufs zur Anwendung kommt, dass jene Coexistenz einfach thatsächliche Voraussetzung der Zinsensistirung ist. Deshalb halte ich jene Bestimmung auch keineswegs für einen absoluten Rechtssatz, sondern für eine Rechtsnorm blos ergänzenden Characters[2]), deren Anwendung nicht nur durch entgegenstehende Vereinbarung der Parteien, sondern schon durch eine solche Gestaltung des unter ihnen bestehenden Verhältnisses ausgeschlossen wird, welche die Zinsenlaufsistirung als nicht im Sinne der Parteien liegend erscheinen lässt.

Die jener Rechtsnorm zu Grunde liegende Idee ist nämlich nach meinem Erachten im wesentlichen die, dass es nicht der Billigkeit entspreche, dass Jemand doppelten Genuss von einem Capitale zum Nachtheil eines Anderen habe. Es ist dies offenbar zunächst blos ein öconomischer Gedanke, welcher vom jus aequum aufgenommen sich, wie andere Gedanken der aequitas, positiv sehr mannigfaltig ausgestalten kann, zunächst an einzelnen bestimmten Thatbeständen zur Geltung gebracht wird und an ihnen

---

[1]) Insbesondere die Zinsenhemmung betreffend: Schwanert, die Compensation nach Römischem Recht S. 4; Eisele, Compensation S. 271 ff.; Stampe in der citirten Schrift § 10 S. 25 ff.

[2]) Bülow, Dispositives Civilprocessrecht, im Archiv für die civil. Praxis B. 64 S. 80 not. 48 a. E.

sich zu speciellen Rechtssätzen gewissermassen niederschlägt. Es ist ganz richtig, dass solche Aequitätsgedanken zur unmittelbaren Anwendung juristisch nicht brauchbar, dass sie nicht schon die anwendbaren Rechtsnormen sind, und es ist dies mit Recht von der neueren Wissenschaft betont worden bei dem wohl berühmtesten dieser Aequitätssätze, dem, dass nemo cum alterius damno sich bereichern solle. Andererseits ist die logisch-formalistische Richtung unserer modernen Jurisprudenz geneigt, zu verkennen, dass solche Aequitätssätze doch in der That von wirklich juristischem Gehalt sind, und unterschätzt, was die Römischen Juristen nicht thaten, leicht die Productivität solcher Sätze und die Bedeutung, welche dieselben für die Erklärung der einzelnen aus ihnen hervorgetriebenen speciellen Rechtsnormen, ja für die Auffindung von solchen speciellen Rechtsnormen haben.

Anwendungsfälle der obigen Idee glaube ich nun in den Quellen folgende gefunden zu haben und meine, dass sich deren noch mehr würden finden lassen[1]). Es beruhen auf dieser Idee eine Anzahl der gesetzlichen Zinsverbindlichkeiten, besonders deutlich die Verbindlichkeit des Käufers, das Kaufgeld von Uebergabe der Kaufsache an, wenn nichts anderes ausgemacht ist, zu verzinsen. Denn der Käufer, welcher die Sache hat, das Aequivalent dafür, nämlich das Kaufgeld, aber noch bei sich zurückbehält, würde sonst doppelten Genuss von seinem Capitale haben, der Verkäufer, der seine Sache hingegeben und den Kaufpreis noch nicht erhalten hat, gar keinen.

Dieselbe Idee in einer besonderen Wendung liegt der Entscheidung in l. 23 Dig. de pignerat. actione 13. 7. zu Grunde. Ein Pfandgläubiger hat die Pfandsache verkauft und den Erlös eingezogen. Später wird dem Käufer die verkaufte Sache evincirt, und der Fall liegt so, dass der Käufer ausnahmsweise gegen den verkaufenden Pfandgläubiger regrediren kann. Damit wird die durch den eingehobenen Pfanderlös gedeckte Forderung des Pfandgläubigers an den Pfandschuldner wieder wirksam, an sich auch für alle Zinsen der Zwischenzeit. Aber wenn der Pfandgläubiger dem regredirenden Käufer nicht die dupla,

[1]) Auch für die sog. tacita antichresis dürfte dieser Gesichtspunct von Bedeutung sein.

sondern blos das simplum hat bezahlen müssen, wenn er also nur sein ursprüngliches Capital wieder herausgeben musste, so kann er von dem Pfandschuldner nicht die Bezahlung der Zinsen der Zwischenzeit verlangen.

> Doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione, quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emtore acceperat. l. cit. fin.

Könnte der Pfandgläubiger in diesem Falle die Zinsen der Zwischenzeit verlangen, so würde er wieder doppelten Genuss von seinem Capitale haben, denn in der Zeit vom Pfandverkauf bis zur Rückerstattung an den Käufer hat er die freie Disposition über das Kaufgeld und den Genuss desselben gehabt, ohne des letzteren halber an den Käufer etwas restituiren zu müssen, und nun würde er vom Pfandschuldner ausser seinem ursprünglichen Capital auch noch die Zinsen desselben für dieselbe Zeit bekommen. Diese Entscheidung erscheint um so bedeutungsvoller, als hier der Pfandschuldner, da er präsumtiv eine fremde Sache verpfändet hat, eine besondere Begünstigung sicher nicht verdient.

Wie sich zu diesem Gedanken die l. 9 § 8 de peculio verhält, ist aus dem oben S. 21 Bemerkten leicht ersichtlich. Wenn hier an die Stelle der sofortigen Deduction der künftigen Regressforderung des Gewalthabers eine blosse Cautionsleistung des Peculienklägers gesetzt wird, so gibt Marcellus als Grund und Zweck an, dass es besser sei, der Peculiargläubiger erhalte den Zwischenzins, als dass ihn der Gewalthaber lucrire, der dem Dritten jetzt noch nichts zu leisten habe und vermöge der Deduction doch einen entsprechenden Betrag von der eigenen fälligen Schuld dem Peculiargläubiger vorenthalten und dessen freien Genuss in der Zwischenzeit für sich behalten würde.

Endlich, wie steht es bei der Compensation selbst? Der Inhaber der zinsbaren bezw. höhere Zinsen tragenden Forderung hat in der ganzen Zeit, seit welcher sich die beiden Forderungen fällig und compensabel gegenüberstehen, den Genuss des ebenfalls fälligen Capitals gehabt resp. nicht entbehrt, welches er seinerseits seinem Schuldner schuldig ist. Er würde, wenn seine eigenen Zinsen ungehemmt fortliefen, doppelten Vortheil haben an den Zinsen, welche er noch fortführe von dem Schuldner

fordern zu können, wie an den Zinsen, welche er ersparte, indem er das seinerseits schuldige zinslose oder niedriger verzinsliche Capital zurückbehielt.

Wenn Eisele, Compensation S. 277 ff. 387, die Hemmung des Zinsenlaufs darauf zu stützen scheint, dass in dem Compensationsverlangen des Schuldners ein Zahlungsangebot liege, so ist es ihm nicht gelungen zu erklären, warum die Zinsenhemmung über diesen Zeitpunct hinaus zurückwirkt und auf den Moment der Coexistenz der Forderungen zurückgezogen wird, während der von mir betonte Gesichtspunct eine solche Erklärung ohne Schwierigkeit darbietet. Wird schliesslich nicht compensirt, sondern freiwillig baar gezahlt, so liegt die Hemmung des Zinsenlaufs nicht im Sinne der Parteien.

Was endlich die Zulassung der condictio indebiti bei irrthümlicher Baarzahlung betrifft, so hat Lenel[1]) schon darauf aufmerksam gemacht, dass die einzige dieselbe direct bezeugende Stelle, die l. 10 § 1 Dig. de compensationibus 16. 2., aus dem 63. Buche des Ulpianischen Edictscommentars, welches die actio Rutiliana behandelte, entnommen ist und mindestens § 1 bis 3 der Stelle sich auf die Concursdeduction bezieht, das compensare in diesen Paragraphen also sicher anstatt des ursprünglichen deducere interpolirt ist. Dann aber ist es unzulässig, die condictio indebiti aus der eigensten Natur der compensatio ableiten zu wollen. Es waren vielmehr sehr gewichtige practische Rücksichten, die gerade bei der deductio ihre Zulassung empfehlen mussten. Während nämlich die condictio indebiti bei der gewöhnlichen Compensation, wie schon von Eisele, Compensation S. 267, nicht verkannt wird, von minimaler practischer Bedeutung ist, musste sie bei der deductio im Concurs von allergrösster practischer Wichtigkeit sein. Angenommen Primus schuldete dem Cridar 1000 und hatte gegen ihn eine Gegenforderung auf 800 und in Unkenntnis, dass er deduciren konnte, zahlte er dem bonorum emtor die vollen schuldigen 1000, so würde er, falls der bonorum emtor nur 50% für die Masse geboten hatte, für seine Forderung statt der 800 nur 400 erlangen können, also im ganzen 600 geben,

---

[1]) Zeitschrift der Savigny-Stiftung IV. p. 117 ff. und Edictum perpetuum S. 344 u. 345.

während er, hätte er der Deduction sich bedienen können, nur 200 hätte herauszugeben brauchen. Dann wird ihm also die condictio nicht weniger als 400, die er irrthümlich zu deduciren unterlassen hat, zurückverschaffen. Und ebenso wird diese condictio indebiti in unserem heutigen Concursverfahren gemäss des für die Aufrechnung im Concurse in § 46 der Reichs-Concursordnung ausgesprochenen Grundsatzes in verschiedener Weise noch sehr practisch werden können. Hat z. B. der A., welcher dem Gemeinschuldner 1000 schuldet, diese 1000 eingezahlt, ohne zu wissen, dass er seinerseits 800 vom Cridar zu fordern hat, so wird er von dem Gezahlten 800 als Masseschuld vom Concursverwalter zurückfordern können und keineswegs gehalten sein, sie als Concursforderuung nachträglich anzumelden.

Kehren wir jetzt zurück zu dem Theile der l. 9 § 8 de peculio, welcher des secum compensare des Gewalthabers Erwähnung thut (s. oben S. 20).

Es wird dienlich sein, zunächst einen Fall zu construiren, wie er Ulpian bei seinem dortigen Ausspruche vorgeschwebt haben muss. Primus hat den Herrn des Sclaven Stichus de peculio verklagt, sagen wir auf 100 Kaufgeld aus einem Kaufvertrage, den Stichus mit Primus geschlossen hat; im peculium mögen sich ebenfalls 100 befinden. Der dominus macht aber eine Deductionspost von 100 geltend, welche er darauf stützt, dass Stichus auf seinen jussus ein Darlehn von 100 bei Tertius aufgenommen oder dass er selbst bei Tertius für eine von Stichus contrahirte Darlehnsschuld von 100 sich verbürgt habe, also nomine servi dem Tertius auf 100 in solidum hafte. Von den 100 Darlehn hat Stichus 50 consumirt oder ihren Werth noch im peculium, die andern 50 sind in das Vermögen des Herrn gelangt, sei es dass z. B. Stichus 50 an einen Gläubiger des Herrn ausgezahlt hat (l. 3 § 1 Dig. de in rem verso 15. 3.) oder dass er die 50 bezw. eine davon erkaufte Peculiarsache dieses Werthes an den dominus geschenkt hätte (l. 7 pr. § 1 eod.). In diesen Fällen, wenn das vom Stichus zum Darlehn Empfangene irgend in das Vermögen des Herrn gelangt ist, sollte nach Julian der Herr mit sich compensiren, was hier nichts anderes heissen kann, als dass er denjenigen Betrag, welchen er aus dem zur Deduction Anlass gebenden, den Herrn

nomine servi selbst obligirenden Geschäft ins eigene Vermögen erlangt hat, auf die Deductionspost aufrechnen, also von derselben absetzen muss. Der Peculiargläubiger Primus wird also dank der Compensationspflicht des Herrn mit seiner actio de peculio wenigstens 50 erlangen.

Hier erscheint es nun zunächst sehr auffallend, dass der Herr das aus dem Contract des Sclaven in sein eigenes Vermögen Gelangte auf seine Deductionspost compensiren soll, und nicht einfach gesagt wird, dass dasselbe zu Gunsten des Peculienklägers in das peculium imputirt werden müsse. Im Schlusseffect würde beides ja auf dasselbe hinauslaufen. Es ist aber doch practisch nicht gleichgiltig. Wenn wir auch über das processuale Verfahren bei der deductio vom peculium nicht ins Einzelne unterrichtet sind, so wird man doch schwerlich bestreiten wollen, dass das Deduciren Recht und Sache des de peculio verklagten Herrn war, dass dieser sich auf die Deduction berufen musste und eventuell das Vorhandensein der Deductionsposten, welche er berücksichtigt wissen wollte, zu beweisen hatte; dann erscheint jene Compensationspflicht des Herrn gewissermassen als Gegenstand einer Replik des Peculienklägers gegen die betreffende Deductionspost, und stellte der Herr diese Deductionspost nicht auf, so entging er auch jener Compensationspflicht. Wäre aber der Betrag des ins Vermögen des Herrn aus dem obigen Darlehnsgeschäft des Sclaven Gelangten in das peculium zu imputiren gewesen, so wäre das peculium von vornherein um diesen Betrag vermehrt gewesen und dies würde bei der Condemnation de peculio in Betracht zu ziehen gewesen sein, auch wenn der beklagte Herr die betreffende Deductionspost nicht für sich geltend gemacht hätte. Es liegt auf der Hand, dass ein solches unbedingtes Imputiren in unserem Falle wenig geeignet gewesen wäre. Zugleich lässt sich aber auch nicht verkennen, dass unser Compensiren auf eine vom Herrn wirklich geltend gemachte Deductionpost nicht überflüssig, sondern geradezu nothwendig gewesen sein muss in solchen Fällen, in welchen an ein Imputiren des in rem domini Gelangten überhaupt nicht zu denken war[1]). Imputirt ins peculium werden

[1]) Vergl. Windscheid II. § 483 Anm. 2, Bekker in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung IV. S. 102.

nämlich allerdings die naturalen Forderungen des Gewaltunterworfnen an den Hausvater, und sehr häufig wird eine aus dem Geschäft des subjectus dem Vermögen des Hausvaters zugegangene Bereicherung eine naturale Verpflichtung des letzteren gegen den Gewaltunterworfnen hervorrufen, deren Betrag dann ins peculium eingerechnet werden muss; so wenn der Sclave oder das Hauskind das aus dem Geschäft mit dem Dritten Empfangene als Geschäftsführer oder im Auftrag des Herrn in dessen Vermögen verwendet hat. Aber sicher ist, dass nicht selten eine Bereicherung des Herrn aus einem Geschäfte des Sclaven bewirkt werden konnte, ohne zugleich eine Forderung des letzteren gegen den Herrn zu begründen, welche dann dem peculium einzurechnen gewesen wäre; so in unserem zweiten obigen Beispiele, wo der Sclave dem Herrn 50 von dem aufgenommenen Darlehn schenkte.

Dennoch wäre es in solchem Falle unbillig gewesen, wenn ein Peculienkläger sich die Deduction aus der Haftung des Herrn für jenes Geschäft hätte gefallen lassen sollen ohne Berücksichtigung der Bereicherung, welche dem Herrn aus demselben Geschäfte bereits zugegangen war; gegen solche Unbilligkeit aber half gerade unser secum compensare.

Ob die vom Herrn erlangte Bereicherung gegen denselben auch die actio de in rem verso für den Vertenten begründete, das war für die Nützlichkeit des secum compensare gleichgiltig. Zwar mag die actio de in rem verso für den Vertenten selbst überflüssig sein, wenn der Gewaltunterworfne ein peculium hat, und die actio de peculio noch begründet ist, weil das in rem domini Verwendete, soweit es eine Verbindlichkeit des Herrn gegen den subjectus begründet, bei der actio de peculio[1]) in den Betrag des peculium eingerechnet wird. Aber bei unserem secum compensare handelt es sich nicht um einen Vortheil,

[1]) So nach der herrschenden Ansicht Windscheid § 483 not. 4. Nach der neueren Ansicht — siehe namentlich Mandry, Familiengüterrecht II. S. 472 ff. insbesondere S. 478 — setzt die actio de in rem verso nicht einmal nothwendig Ersatzverbindlichkeit des Herrn für das versum voraus, und es bleiben also noch andere Fälle übrig, in denen die Versionsklage durch die imputatio in peculium nicht verüberflüssigt wird. Ich schliesse mich namentlich auf Grund der l. 3 pr. Dig. de in rem verso 15. 3. der neueren Ansicht an.

welchen die dem Herrn zugegangene Bereicherung dem Verwendenden selbst in der Gestalt der imputatio in peculium oder der für ihn begründeten actio de in rem verso gegen den dominus gewährt, sondern um einen Vortheil, welchen die Bereicherung des dominus aus einem Geschäfte mit einem Dritten, dem Tertius unseres Beispiels, dem von jenem Dritten verschiedenen Pecilienkläger Primus durch Ausschliessung einer gegen ihn sonst begründeten Deduction des dominus gewährt. Imputation und actio de in rem verso wegen Bereicherung des Herrn wirkt zwischen diesem und dem Verwendenden zu Gunsten des letzteren, das secum compensare unserer Stelle wirkt zu Gunsten des Pecilienklägers zwischen diesem, auch wenn nicht er der Verwendende war, und dem verklagten Herrn.

Ziehen wir jetzt aus unserer Stelle die Ergebnisse für das secum compensare. Wenn der Herr nomine servi obligirt war quod jussu oder als fidejussor, so konnte er den Betrag seiner künftigen Haftung deduciren[1]), und dasselbe musste erst recht gelten, wenn er auf die actio quod jussu oder die Bürgschaftsklage seinerseits geleistet hatte; aber er musste dann von seiner Deductionspost die Bereicherung, die er aus dem betreffenden Geschäfte des Sclaven erlangt hatte, absetzen; die Deduction wurde durch das secum compensare nach Höhe der Bereicherung ausgeschlossen oder entsprechend verringert.

Wie verhält sich nun das secum pensare unserer l. 9 § 8 de peculio zu demjenigen secum pensare, welches wir in den erstbesprochenen Pfandrechtsstellen kennen gelernt haben? Es stimmt mit ihm zunächst darin überein, dass es ebenfalls keine gewöhnliche Compensation, sondern eine Erwerbscompensation ist; nicht Forderung und Gegenforderung stehen sich gegenüber und werden compensirt, sondern ein Erwerb, den Jemand gemacht hat, die Bereicherung, welche der Herr aus dem Geschäfte des Sclaven mit dem Tertius für das eigene Vermögen erlangt hat, wird aufgerechnet auf eine dem Herrn zustehende Deductionspost. Ferner: hier wie dort ist derjenige, welcher mit sich compensirt, der Erwerber, und wie dort der Forderungspfandgläubiger das vom Drittschuldner Eingehobene

[1]) Bis Marcellus für diesen Fall die oben erwähnte Cautionsleistung an Stelle der Deduction empfahl.

aufrechnet auf die Forderung, welche er gegen den Forderungspfandschuldner hat, so wird hier dasjenige, was in das Vermögen des Herrn aus dem Vermögen des mit dem Sclaven contrahirt habenden Tertius erworben ist, von dem dominus aufgerechnet auf den Deductionsanspruch, welcher ihm gegen einen Anderen, als von dem er erwarb, nämlich gegen den Peculienkläger zuständig ist. Deutlicher aber als im Pfandrechtsfall tritt hier hervor, dass das secum compensare primär nicht Recht des Erwerbers, sondern Pflicht desselben ist, dass der Gegner des Erwerbers von ihm verlangen kann, dass er die Selbstcompensation vornimmt (secum compensare debebit).

Nicht anders würde es übrigens sein, wenn der Forderungspfandgläubiger, ohne das von ihm Eingehobene compensiren zu wollen, vom Pfandschuldner die volle Pfandschuld einfordern würde; der letztere wird ihm mit Recht entgegnen, dass er berechtigt sei, die Selbstaufrechnung des Eingehobenen von ihm zu begehren.

Andererseits findet beim secum compensare stets und nothwendig jene Erscheinung statt, von welcher schon Labeo nach dem Zeugniss der l. 12 Dig. de compensat. 16. 2. gesprochen hat, nämlich dass es Compensationen gäbe, welche einer gewissen petitio specialiter destinirt seien. Es ist vielleicht das interessanteste Stück der Compensationsgeschichte, den in ihr sich manifestirenden Fortschritt vom Besonderen zum Allgemeinen, von der Beschränkung auf gewisse Forderungen zur weitesten Zulassung der Compensation zu verfolgen. Ursprünglich ist alle Compensation nur zulässig zwischen Forderungen, welche in einer besonderen rechtlichen Beziehung zu einander stehen, so beim cum compensatione agere zwischen den aus dem Geschäftsverhältnisse mit dem argentarius originirenden Forderungen, bei der deductio gegenüber Forderungen des bonorum emtor, im bonae fidei judicium zwischen den beiderseitigen Forderungen ex eadem causa. Im Justinianischen Recht ist es dahin gekommen, dass die Zulässigkeit der Compensation principiell und allgemein anerkannt ist zwischen Forderungen jeder Art und jeden Ursprungs, falls sie nur gleichartig und fällig sind. Dagegen beim secum compensare ist noch im neuesten Recht die

Aufrechnung rechtsnothwendig beschränkt auf einen bestimmten Anspruch, welcher mit dem Erwerbe, der zur Compensation verwendet werden soll, in einer bestimmten rechtlichen Beziehung steht; beim Forderungspfand ist dieser Anspruch die durch das pignus nominis versicherte Forderung des Pfandgläubigers, im Falle der l. 9 § 8 de peculio die aus demselben Geschäft, wie die Bereicherung, originirende Deductionspost des Herrn. Dieselbe Erscheinung, Destination der Compensation für einen bestimmten Anspruch, findet sich übrigens auch bei den anderen Erwerbscompensationen, so bei den erbrechtlichen Compensationen von Vermächtnissen auf die Falcidia und der Falcidia auf Forderungen, welche dem Erben gegen den Erblasser zustanden (siehe oben S. 3 und beispielsweise noch l. 15 Dig. 34. 8. l. 79 (78) pr. Dig. 28. 5. l. 60 (58) § 3. Dig. 36. 1. l. 6 Cod. de hered. instit. 6. 24. l. 77 § 7 Dig. de leg. II.).

Die Verschiedenheiten zwischen dem secum compensare beim Forderungspfand und demjenigen der l. 9 § 8 de peculio liegen auf der Hand; sie beruhen auf der Verschiedenheit der Fälle. Hervorzuheben sind zwei, nämlich dass beim Forderungspfand compensirt wird auf ein wirkliches Forderungsrecht, das des Forderungspfandgläubigers, im Falle der l. 9 § 8 de peculio auf einen blossen Deductionsanspruch. Damit hängt dann zweitens zusammen, dass die Wirkung der Compensation in beiden Fällen verschieden sein muss; beim Forderungspfand wird die Pfandforderung durch das Compensiren definitiv getilgt und aufgehoben, der Pfandgläubiger hat sich dem Pfandschuldner gegenüber für endgiltig befriedigt zu erachten, wie durch Zahlung; im Fall der l. 9 § 8 de peculio wird durch die Compensation blos eine Deductionspost ausgeschlossen bezw. gemindert und zwar nicht definitiv, sondern blos für diesen Process, für die jetzt angestellte actio de peculio. Das Letztere liegt aber lediglich in der Natur der Deduction, welche, wenn sie nicht in ein reales sich selbst Zahlen aus dem peculium Seitens des Herrn umgeschlagen ist, nicht blos der erstangestellten, sondern auch einer zweiten und dritten actio de peculio entgegengestellt werden kann; denn die Deduction tilgt nicht, sie schliesst blos die Verurtheilung in der jeweilig angestellten actio de peculio aus oder mindert sie.

l. 11 § 3 ff. Dig. de peculio 15. 1.; vergl. Mandry, Familiengüterrecht II. S. 390.

Dagegen haftet unsere Compensation stetig an der Deductionspost, mit welcher sie in rechtlicher Beziehung steht; der Herr wird die Bereicherung, welche er erhalten hat, so oft er auch die Deductionspost einer neu erhobenen actio de peculio entgegenstellt, immer wieder auf dieselbe compensiren müssen. In Betreff der Deductionspost trifft also das Characteristische des secum compensare auch hier zu, dass der Herr ihrethalben sich für befriedigt zu erachten hat, so weit der Erwerb reicht, mit dem er zu compensiren hat [1]).

Die neuere Auffassung der Deduction, wie sie namentlich Mandry aufgestellt und näher ausgeführt hat, erklärt dieselbe für eine Rechnungsoperation, welche blos zur Vorbereitung der Condemnation bei der actio de peculio diene [2]). Mit dieser Auffassung muss ich mich auseinandersetzen, weil dann auch das der Deduction gegenüberstehende secum compensare als nichts weiter, als eine blosse Rechnungsmanipulation erscheinen könnte.

Jene Auffassung ist nun gewiss ein Fortschritt; sie ist sicher nach der negativen Seite hin richtig; die Deduction ist ohne Einfluss einerseits auf die Fortexistenz der Deductionsforderungen und andererseits auf den Inhalt des peculium. (Mandry, Begriff S. 75.) Auch die durchgeführte Deduction wirkt nicht als Zahlung, nicht so wie wenn der Sclave dem Herrn seine

---

[1]) Ein Compensiren gegenüber Deductionsforderungen, wenn auch kein secum compensare, findet sich auch in l. 6 § 4 Dig. de pecul. leg. 33. 8., hier auf Grund ausdrücklicher Willensbestimmung des Testators und mit der Wirkung, dass die beim Peculienlegat durch Deductionsposten bewirkt werdende quotale Minderung der legirten Gegenstände durch jene Compensation mit reellen, nicht auf blosser Gutschrift des Herrn beruhenden Forderungen des Hauskindes gegen den Testator wieder entsprechend beseitigt wird. (Vgl. Mandry, Familiengüterrecht II. S. 181 ff. insbes. S. 192).

[2]) Mandry, Begriff des peculium, Tübinger Universitäts-Schriften 1869. S. 74 ff., Familiengüterrecht II. S. 380 ff., vgl. auch Brinz, Compensation S. 88, adoptirt auch von Pernice, Labeo I. S. 391, 392. Die sonstigen Auffassungen sind sehr verschieden, s. Mandry, Familiengüterrecht II. S. 390 not. 10. — von der Pfordten lässt die Deduction als Zahlung, Savigny als Compensation, Andere lassen sie als ademtio peculii, im Grunde also als Selbstzahlung des Herrn aus dem peculium wirken.

Forderung wirklich ausgezahlt oder der Herr aus dem peculium solvendi causa den Betrag der Forderung reell entnommen und sich für dieselbe selbst bezahlt gemacht hätte. Denn dann würde die Forderung des Gewalthabers definitiv getilgt und das peculium auch für die Zukunft um den Betrag des Entnommenen reell vermindert sein, welches beides bei der Deduction nicht der Fall ist. Aber die Deduction hat, wie Mandry selbst zugesteht, auch eine positive Bedeutung und Wirkung. Obwohl die activen Bestandtheile des peculium trotz des Vorhandenseins von Forderungen des Herrn im peculium verbleiben, ihre Peculiareigenschaft behalten,

l. 4 § 5 Dig. de pecul. 15. 1.

muss sich der Peculienkläger doch gefallen lassen, dass bei der Condemnation de peculio der Geldbetrag der Deductionsforderungen vom Betrage der Peculiaractiven abgerechnet wird. Darin liegt mehr als in einer blossen Rechnungsmanipulation; es ist ein juristischer Effect da, eine minutio condemnationis, der Anspruch des Peculienklägers ist in geringerem Umfange durchführbar, als er es ohne die Deduction sein würde, und die Deduction selbst beruht auf juristischer Grundlage, dem Vorhandensein von Forderungen des Herrn gegen den Gewaltuntergebenen und dem daraus entspringenden und von ihm geltend zu machenden Deductionsrecht des Herrn. Freilich wird die Deduction vollzogen erst durch den judex der actio de peculio kraft seines officium, aber das geschah schon im classischen Recht auch bei der Compensation im bonae fidei judicium, ohne dass diese Compensation eine blosse Rechnungsmanipulation gewesen wäre, und ich sehe das Wesentliche des unleugbaren Unterschieds zwischen beiden nicht darin, dass die eine Aufrechnung im juristischen Sinne und die andere ein blosses rechnungsmässiges Abziehen gewesen wäre, sondern hauptsächlich in den materiellrechtlichen Eigenthümlichkeiten der Deduction.

Worin besteht denn das Characteristische des Deductionsrechts? Darin, dass der Herr seine Forderungen gegen den Sclaven abziehen darf, um den Betrag, zu welchem er mit der actio de peculio verurtheilt werden würde, entsprechend herabzusetzen. Die Deduction erfolgt also nicht zwischen Herrn

und Sclaven, nicht, wie bei der Compensation die Regel, zwischen dem Forderungsberechtigten und seinem Schuldner, und darum kann sie auch nicht zwischen diesen beiden Nächstbetheiligten und daher überhaupt nicht objectiv und allgemein den Betrag des peculium mindern; vielmehr spielt die Deduction sich ab blos zwischen dem Peculienkläger und dem gegen den Gewaltuntergebenen forderungsberechtigten Herrn und darum bewirkt sie auch nur zwischen diesen eine Minderung des peculium, die eben deshalb nicht absolut und allgemein, sondern relativ und beschränkt ist, nur im Verhältniss zum Peculienkläger und zunächst nur für den jetzt erhobenen Process Platz greift. Materiell trägt die Deduction den Character der einredeweisen Geltendmachung eines Abzugsrechts des Herrn, und man darf sich über diese materielle Natur der Deduction nicht dadurch beirren lassen, dass die Römischen Juristen in den bekannten Definitionen des peculium der Sache den formalen Ausdruck zu geben scheinen, als ob durch Forderungen des Herrn das peculium selbst schlechthin absolut und ipso jure um den Betrag derselben gemindert sei (vergl. auch von Ihering, Geist des Röm. Rechts B. IV. S. 73.).

Die erwähnte eigenthümliche Gestaltung der Deduction erklärt sich aus dem Ziel und Zweck derselben sowie aus der Natur der actio de peculio. Ziel und Zweck der Deduction ist, dass der Gewalthaber für seine Naturalforderungen gegen den subjectus stets genügende Sicherheit und Deckung behalte. Mittelst der Deduction ist der Herr jederzeit in der Lage, gewissermassen Beschlag zu legen auf einen seiner Forderung entsprechenden Werthbetrag, der Peculienkläger muss ihm stets soviel vom peculium zurücklassen, dass er wegen seiner Forderung gegen den subjectus noch gedeckt ist und, wenn er will, sich aus dem peculium jederzeit für seine Forderung reell bezahlt machen kann. Gerechtfertigt wird dies von den Römischen Juristen selbst durch die Betrachtung, dass der Herr, ohne irgend dolos gegen den Peculienkläger zu handeln, sich jederzeit für seine Forderungen gegen den Gewaltuntergebenen reell durch Entnehmung des Betrags aus dem peculium befriedigen kann, und der Peculienkläger keinerlei Recht und keinerlei Mittel hat, um eine solche Minderung des peculium und die

daran sich knüpfende Minderung der Condemnation aus der actio de peculio zu verhindern. Der Peculienkläger leidet also keinen unbilligen Schaden, wenn dem Herrn gestattet wird, dasselbe Ergebniss, wie durch reelle Verminderung des peculium, durch Deduction herbeizuführen [1]).

Dafür aber, dass man dem Herrn Deduction gestattete und ihn nicht ausschliesslich auf den Weg reeller Minderung des peculium solvendi causa verwies, sprachen sehr erhebliche practische Rücksichten. Wie unbequem und thatsächlich schwierig wäre es für den Herrn gewesen, allemal, wenn eine actio de peculio gegen ihn erhoben wurde, seine Forderungen reell aus dem peculium zu decken; wie wenig entsprechend dem Zweck des peculium, für den Gewaltunterworfnen einen Geschäftsbetriebs- und Unterhaltungsfonds zu bilden, wenn der Herr gezwungen gewesen wäre, alle Augenblicke aus dem peculium den Betrag seiner Forderungen reell herauszunehmen, um hinterdrein nach Erledigung der angestellt gewesenen actio de peculio wieder ebensoviel hineinzulegen; welche Schwierigkeit und Verwicklung in den rationes peculii und patrimonii würde dadurch herbeigeführt worden sein! Die Aufgabe, dem Herrn, der seine Forderungen an den subjectus nicht einziehen, sondern demselben creditirt belassen wollte, für dieselben eine beständige Deckung im peculium zu erhalten, wäre auf diesem Wege nicht erreicht, sondern geradezu vereitelt worden. Es wäre allenfalls möglich gewesen, dem Herrn gegenüber der actio de peculio ein Retentionsrecht bis zum Belauf seiner Forderungen zu geben und ihm zu gestatten, durch Ueberlassung des Restes der Peculiaractiven an den Peculienkläger sich von dem Peculiaranspruch zu befreien. Dass unter Umständen ein ähnlicher Weg eingeschlagen werden konnte, wissen wir aus l. 51 Dig. de pecul. 15. 1. Aber abgesehen von den practischen Unzuträglichkeiten, welche oft auch dieser Weg herbeiführen musste, wenn man ihn neben der reellen Selbstzahlung dem Herrn und dem Peculienkläger als nothwendig einzuschlagenden auflegen wollte, entspricht allein die freie Zulassung der Deduction der zu lösenden Aufgabe und der Natur der actio de

[1]) Mandry, Familiengüterrecht II. S. 398; vgl. auch l. 11. § 8 Dig. de pecul. 15. 1.

peculio. Nur durch die Deduction konnte erreicht werden, dass der Herr dem Untergebenen trotz angestellter Peculienklage die materiellen Bestandtheile des peculium unverändert belassen und dabei für seine eigenen Forderungen die nöthige Deckung behalten konnte, ohne Schädigung für den Peculienkläger, welcher trotzdem soviel auf seine actio de peculio erhielt, als er, hätte der Herr zur Selbstzahlung gegriffen, erhalten haben würde.

Was die Natur der actio de peculio anlangt, so ist es ja bekannt, dass der Herr aus ihr nur in beschränktem Umfang, blos bis zum Belauf des peculium, haftet. Trotzdem aber ist der Herr persönlicher Schuldner des Dritten, er haftet als solcher daher nicht blos mit dem peculium auf Erfüllung durch Herausgabe des peculium, wie neuerdings Baron meint, sondern er haftet mit seinem ganzen Vermögen, patrimonium und peculium, welches letztere ja nach aussen nur einen Theil seines Gesammtvermögens bildet [1]).

Mandry, Familiengüterrecht II. S. 373. 374.

Die entgegengesetzte Meinung Baron's

Abhandlungen aus dem Römischen Civilprocess II. Die adjecticischen Klagen S. 71. 143. 145.

wird meines Erachtens schon durch l. 7 § 15 Dig. quibus ex causis in possess. 42. 4. hinlänglich widerlegt. Denn danach wird gegen den mit der actio de peculio verklagten Herrn, welcher latitirt, die missio und eventuell sogar die venditio seiner gesammten bona verfügt, selbst wenn zur Zeit gar nichts

---

[1]) Es ist im Grunde hier schon im classischen Recht ähnlich, wie bei dem beneficium inventarii. Denn nach der richtigen gemeinrechtlichen Auffassung haftet der Beneficiarerbe den Erbschaftsgläubigern zwar auch nur bis zum Belauf des Nachlasses, aber dennoch wie jeder gewöhnliche Erbe als persönlicher Schuldner, sodass die Execution auch gegen sein eigenes Vermögen gerichtet werden kann. Vergleiche auch die R. C. Proc.-Ordnung § 695. 696 und die Motive zu § 614 u. 696, sowie Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen B. 8. Nm. 68.; über das Justinianische bezw. gemeine Recht Windscheid III. § 606 not. 9., Dernburg, Preuss. Privatrecht III. § 223, namentl. not. 3, 6 und 12., Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, V. § 285, IV. und VII.; über Sächs. Recht (Haftung pro viribus hereditatis, nicht blos mit dem Nachlass) B. Schmidt, Vorlesungen über das im K.-R. Sachsen geltende Privatrecht II. S. 213.

im peculium ist; um soviel mehr wird, wenn der Herr de peculio wirklich verurtheilt ist, die Execution deshalb ebenfalls in die Gesammtbona des Herrn gehen[1]).

Eine ganz andere Frage ist es, ob nicht in dem inneren Verhältnisse, speciell zwischen dem Hausvater resp. dessen Erben und dem Hauskinde die Schulden, welche das letztere auch Dritten gegenüber hat, gewissermassen auf das peculium radicirt sind dergestalt, dass der Vater bezw. dessen Erben sich ihrethalben nur bis zum Belauf des peculium decken, umgekehrt aber auch der Sohn gegenüber dem Nachlass des Vaters verlangen kann, dass ihm soviel, als zur Befriedigung des Dritten nöthig sei, aus dem in den Nachlass gefallenen peculium gewährt werde (sog. praeceptio peculii)[2]). Dies kann hier nicht genauer formulirt und näher ausgeführt werden, ist aber meinem Erachten nach zu bejahen und wird namentlich auch durch die berühmte l. 38 Dig. de condict. indebiti 12. 6. (lex frater a fratre) bewiesen, auf deren Interpretation hier freilich nicht näher eingegangen werden kann.

Wenn man nun die vorgeschilderte Natur der Haftung des mit der actio de peculio verklagten Herrn in Betracht zieht, so ergibt sich, dass ihm die Wahl frei stehen muss, den Peculienkläger zu bezahlen, wie und woher er will. Er kann den hierzu nöthigen Betrag direct und vorweg aus dem peculium entnehmen, er kann ihn aber ebensowohl ex propriis bezahlen und er braucht letzterenfalls das Gezahlte nicht aus dem peculium einzuziehen, sondern kann es dem subjectus gewissermassen creditiren, was dann eine neue Deductionspost gibt. Soll er aber diese freie Wahl haben und dabei doch unter allen Umständen für seine schon vorher bestehenden Forderungen ausreichende Deckung behalten, so musste man dem Herrn eben ein Deductionsrecht geben, wie wir es in den Quellen gestaltet finden, nämlich so dass der Herr, auch ohne reell etwas aus dem peculium zu entnehmen oder daraus zurückzu-

[1]) Diesem Ergebnisse widerspricht auch nicht die l. 50 pr. Dig. de pecul. 15. 1., welche blos das in Zweifel stellt, ob die missio zulässig sei, wenn der Herr zu einer Zeit latitirt, wo nichts im peculium ist.

[2]) Vgl. meine Natur des Prälegats S. 190 und ausführlich Mandry, Familiengüterrecht I. S. 431, vgl. auch S. 293 ff. II. 176. 296.

halten, einfach von dem Werthbetrage der Peculiaractiven den Betrag seiner Forderungen abziehen kann und dem Peculienkläger eine um soviel geringere Summe auszuzahlen braucht, einerlei woher er das Gezahlte nimmt, ob aus dem peculium oder aus dem patrimonium.

So erscheint uns die Deduction als ein eigenthümlich gestaltetes Recht des Gewalthabers von materiellem Gehalt, bei dessen Geltendmachung und Durchführung es freilich einer vom judex vorzunehmenden und zu prüfenden Rechnungsmanipulation bedarf, welche aber ebenso wie die Pflicht des secum compensare auf die Deductionspost in l. 9 § 8 Dig. de pecul. 15. 1. mehr ist als blosse Rechnungsoperation [1]).

III.

Wir gelangen jetzt zu einer anderen Gruppe von Fällen des secum pensare. In den bisher besprochenen Fällen hatte Jemand A einen Erwerb in sein Vermögen von einem Anderen B gemacht und diesen Erwerb hatte er kraft einer demselben durch die Rechtsordnung gegebenen Beziehung auf einen Anspruch, welcher ihm selbst gegen eine dritte Person C zustand, anzurechnen dergestalt, dass dieser Anspruch in quantum aufgehoben wurde, und der Inhaber des Anspruchs, so weit jener Erwerb reichte, sich für befriedigt zu erachten hatte. In den Stellen, welche wir jetzt zu besprechen haben, liegt die Sache so, dass ein Forderungsrecht, welches dem secum compensans gegen einen Anderen zustand, schon durch ein anderweites Ereigniss, und zwar in der zunächst zu besprechenden Stelle durch Confusion, aufgehoben ist, und das secum pensare im Grunde nur die Bedeutung hat, dass der Forderungsberechtigte der geschehenen Aufhebung den Character einer satisfactionsmässigen Befriedigung seiner Forderung beilegen muss.

> l. 33 Dig. soluto matrimon. 24. 3.. Africanus libro septimo quaestionum. Quae dotis nomine certam pecuniam promiserat, quosdam adhibuerat, qui stipularentur partem dotis distracto matrimonio sibi solvi: ea nulla data dote obierat eodem marito suo

[1]) Hierüber und über das, was sonst die besprochene l. 9 § 8 de peculio für das secum compensare ergibt, siehe oben S. 31 ff.

herede relicto: is damnosam hereditatem eius adierat. nihilo minus stipulatoribus tenebitur, **quoniam adeundo hereditatem debitricis intellegeretur secum pensasse:** nec ad rem pertinere, quod solvendo non esset hereditas, quando ceteris etiam creditoribus teneatur.

Eine Frau hat ihrem Manne eine dos mittelst promissio einer bestimmten Summe bestellt und, wie dies zulässig und nicht selten ist,

l. 63. l. 72 § 2 Dig. de jur. dot. 23. 3. l. 11 Dig. de dot. praeleg. 33. 4. l. 1 § 1 Dig. de collat. dot. 37. 7. l. 10 § 6 Dig. mand. 17. 1. l. 77 § 2 Dig. de leg. II. l. 37 § 4 Dig. de leg. III. — l. 2 § 1. l. 19 Cod. de jur. dot. 5. 12.

den Mann veranlasst, dritten Personen, etwa den Brüdern der Frau, die Rückgabe der dos und zwar hier nur der Hälfte der dos bei Auflösung der Ehe stipulationsmässig zu versprechen. Die dos promissa ist während des Bestehens der Ehe von der Frau dem Manne noch nicht ausgezahlt worden; jetzt stirbt die Frau, setzt den Mann zu ihrem Erben ein, und letzterer tritt die Erbschaft an, obwohl die Frau insolvent verstarb. Die Brüder klagen nunmehr gegen den Mann aus jener Stipulation auf Auszahlung des halben Betrages der dos promissa, und es entsteht die Frage, ob der Mann ihnen darauf wirksam haftet und ihnen nicht entgegenhalten kann, dass er die ihm versprochene dos niemals wirklich ausgezahlt erhalten habe, die Forderung aber, welche er deshalb bis zuletzt gegen die Frau hatte, durch Confusion untergegangen sei, also auch nicht cedirt werden könne[1]). Africanus respondirt, der Mann sei dennoch den Stipulatoren zur Auszahlung der Hälfte verbunden. Es läge nahe, diese Entscheidung mit dem Solutionseffect zu motiviren, welcher von den Römischen Juristen der Confusion in der Regel zugeschrieben wird,

l. 95 § 2 Dig. de solut. 46. 3. l. 21 § 1 Dig. de lib. leg. 34. 3. l. 50 u. 71 pr. Dig. de fidejussor. 46. 1. l. 41 § 2 Dig. de evict. 21. 2.

[1]) Vgl. Duarenus, op. omnia Francof. 1607. ad l. 33. sol. matr. p. 285. Duarenus macht mit Recht darauf aufmerksam, dass, wäre nicht der Mann, sondern ein Anderer Erbe der Frau geworden, der Mann den Stipulatoren seine Forderung gegen die Frau auf die dos promissa würde haben cediren können.

und mit dem Gedanken zu operiren, welchen Paulus in der l. 41 § 2 de evict. für den vorliegenden Fall, dass der Gläubiger Erbe seines Schuldners wird, in der Weise ausdrückt, dass er sagt, es habe dann gleichsam ipsa hereditas heredi gezahlt. Dem aber steht entgegen, dass in unserem Falle die Erbschaft der Frau insolvent ist, also aus ihr die Mittel für eine wirkliche Zahlung des dem Manne Geschuldeten in Wahrheit nicht entnommen werden können. Damit, dass man den Gedanken, die Erbschaft habe gewissermassen schon an den Erben gezahlt, für eine blosse Denkform, für eine dogmatische Fiction erklärt, kommt man in unserem Falle nicht weiter, weil schon die Erbschaft selbst zahlungsunfähig war. Mindestens passt diese Fiction hier nicht.

Daher motivirt Africanus seine Entscheidung in anderer und auch für den Fall der insolventen Erbschaft zutreffender Weise:

> adeundo hereditatem debitricis intellegitur secum pensasse.

Indem der Mann die Erbschaft der Frau, seiner Schuldnerin, antritt, wird die Obligation aus der promissio dotis durch Confusion aufgehoben. In seiner Eigenschaft als Gläubiger verliert der Mann hierdurch sein Forderungsrecht, aber in seiner Eigenschaft als Erbe und Nachfolger der schuldnerischen Frau wird er gleichzeitig von der Schuld befreit und diese Liberirung, die er in der einen Eigenschaft empfängt, hat er bei sich selbst aufzurechnen auf die Forderung, welche er in seiner anderen Eigenschaft als Gläubiger durch die Confusion verliert. Es ist im Grunde auch wieder eine Erwerbscompensation oder vielmehr das Analogon einer Erwerbscompensation (secum pensasse intellegitur). Die Forderung wird aufgehoben gegen Aequivalent, nämlich durch Liberirung von der eigenen Schuld, und daher gilt der Mann qua Gläubiger auch für voll befriedigt wegen seiner Forderung, trotzdem dass die Erbschaft insolvent war; den Stipulatoren gegenüber muss er sich behandeln lassen, als ob er die ganze von der Frau promittirte dos wirklich in sein Vermögen erhalten hätte. Denn wäre ein Anderer in dieser Forderung Gläubiger der Frau gewesen, so würde der Mann, nachdem er die insolvente Erbschaft der Frau einmal ange-

treten hatte, diesem Anderen in solidum verpflichtet gewesen sein; und wenn er nun wegen der Confusion von dieser Schuld liberirt wird oder, wie man auch sagen kann, ihm die Erfüllung dieser Schuld erspart wird, weil er selbst der Gläubiger ist, so enthält diese Liberirung für ihn einen Erwerb bezw. eine Ersparniss zum vollen Betrag der Schuld. Denn jeder Schuldner ist sich selbst solvent; ein Schuldner, welcher endgiltige Liberation von seiner Schuld erhält, wird stets, auch wenn er insolvent ist, so behandelt, als ob er den vollen Betrag der Schuld, welcher er entledigt ist, in sein Vermögen erworben, wirklich capirt hätte.

> l. 82 Dig. ad leg. Falcid. 35. 2. verbis: Sed cum debitori liberatio relinquitur, ipse sibi solvendo videtur . . . Sensisse enim liberationem plenam videtur, quamvis nihil facere possit. Vgl. auch Eisele, die Compensation. S. 231.
>
> l. 31 § 1. 2. 4 Dig. de mort. c. don. 39. 6.

Dass die Liberirung von einer Schuld eine Vermögensvermehrung und daher einen vermögensrechtlichen Erwerb nach Höhe des Betrags der Schuld enthält, zeigt sich in allen Lehren, bei denen etwas darauf ankommt, ob und wieviel Jemand in sein Vermögen erworben hat, so bei der Schenkung, der dos-Bestellung, welche ebensowohl durch Schulderlass (Acceptilation) als durch irgend welche andere Zuwendung vollzogen werden können, beim Erwerb des Herrn durch den Gewaltuntergebenen, bei den Condictionen. Es genügt, auf zwei besonders prägnante Stellen zu verweisen.

> l. 11 pr. Dig. de acceptilat. 46. 4. Species adquirendi est liberare dominum obligatione.
>
> l. 10 fin. Dig. de cond. c. dat. c. n. sec. 12. 4. Nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit.

Deshalb kommt nichts darauf an, dass die Erbschaft der Frau insolvent ist; denn wie der die insolvente Erbschaft der Frau antretende Mann den übrigen Gläubigern der Frau in solidum haftet, so haftet er auch sich selbst in solidum und, wenn diese Haftung durch die Confusion zerstört und er von derselben dadurch befreit wird, so hat er diese Befreiung von sich

selbst als gleichwerthig anzusehen mit der Befreiung, die er gegenüber irgend einem anderen Erbschaftsgläubiger erlangen würde, also sie sich zum vollen Betrage der Erbschaftsschuld anzurechnen.

Darum sagt auch Africanus am Schluss der Stelle:

> nec ad rem pertinere, quod solvendo non esset hereditas, quando ceteris etiam creditoribus teneatur.

Zum vollen Verständniss der Stelle ist noch auf zwei Puncte aufmerksam zu machen.

Erstens: Wir müssen annehmen, dass die dritten Stipulatoren sich zu eigenem Recht, etwa als Gläubiger der Frau oder Schenknehmer inter vivos, die Hälfte der dos stipulirt haben. Denn wären sie blosse Adstipulatoren der Frau gewesen, so würde der Mann ihnen nicht wirksam haften, er würde ihrer Klage die exceptio doli opponiren können auf den Grund hin, dass sie ihm als Erben der Frau ex mandato verpflichtet seien, den Betrag des von ihnen Erlangten wieder herauszugeben.

> l. 10 § 6 fin. Dig. mand. 17. 1.; vgl. übrigens auch l. 37 § 4 Dig. de leg. III. und l. 11 Dig. de dot. praeleg. 33. 4.

Zweitens: Die in unserer Stelle gegebene Motivirung der Entscheidung passt zunächst nur für das Recht, wie es zur Zeit des Africanus bestand, wo in unserem Falle die promittirte dos adventicia war und beim Tode der Frau bei dem Manne blieb, nicht für das Justinianische Recht, nach welchem auch die dos adventicia an die Erben der Frau fällt. Nach Justinianischem Recht würde die Stipulationsforderung des Mannes auf die dos promissa nicht durch Confusion, sondern vielmehr durch eine Art der Selbst-Compensation — vergleiche unten sub IV die Erörterung über l. 38 Dig. de jure dotium 23. 3. — aufgehoben worden und es für diesen Erfolg ganz gleichgiltig sein, ob der Mann oder dritte Personen Erben der Frau wurden. Denn auch dritte Erben der Frau würden gegen den Mann die actio de dote auf Rückgabe der dos und zwar in der Weise gehabt haben, dass sie vom Manne verlangen konnten, dass dieser sie von seiner stipulatio dotis promissae durch Acceptilation befreie.

> Julianus in l. 41 § 4 Dig. de jur. dot. 23. 3. und in l. 30 § 1 Dig. sol. matr. 24. 3.

Ganz anders in unserem Falle nach classischem Recht. Da hier die dos adventicia beim Tode der Frau dem Manne verblieb, so stand ihm gegen dritte Erben der Frau noch eine vollkommen wirksame Klage aus der Dotalpromission zu, und nur wenn und in wie weit er selbst Erbe seiner Frau wurde, ging seine Stipulationsforderung aus der promissio dotis und zwar durch Confusion zu Grunde.

> Vergleiche namentlich auch l. 20 pr. Dig. de condic. instit. 28. 7. und l. 7 § 1 Dig. de condic. et demonstr. 35. 1.

Windscheid (Pandecten II § 352 not. 2 und 4) hat die Bedeutung unserer Stelle für die Lehre von der Confusion sehr wohl erkannt und sich dadurch bewogen gefunden, die confusio auch in der äusseren Anordnung mit der Compensation zusammenzustellen. Er sagt a. a. O.:

> Das Resultat der Aufhebung (durch Confusion) ist, wie bei der Compensation, dass der Gläubiger eine entsprechende Befreiung hat; bei der Compensation wird er von einer Schuld befreit, welche er gegen einen Anderen hat; hier wird er von einer Schuld befreit, welche er gegen einen Anderen haben würde, wenn er nicht selbst der Gläubiger wäre. Darum wird für die Confusion der Gesichtspunct der Compensation geradezu auch angelegt in der l. 33 solut. matr.

An dieser Ausführung Windscheid's habe ich von meinem Standpuncte eigentlich nur auszusetzen, dass darin das Zwischenglied der Vergleichung des Africanus nicht besonders herausgehoben ist. Africanus stellt die Confusion zunächst nicht in Vergleichung mit der gewöhnlichen Compensation, sondern mit dem secum pensare, und erst, wenn man Letzteres als eine besondere Art der Compensation im weiteren Sinne erkennt, als eine gewissermassen einseitige Compensation, welche der Gläubiger für sich vornimmt und bei welcher er einen ihm in anderer Eigenschaft gewordenen Erwerb auf seine Forderung als Befriedigung anrechnet, wird man dahin gelangen, die Bedeutung der Vergleichung des Africanus zu erkennen und sie auch für die gewöhnliche Compensation zwischen Forderung und Gegenforderung nutzbar zu machen. Denn das letzte Wort,

auch für die gerichtliche und vertragsmässige Compensation ist, wie ja auch neuerdings schon in mehrfachen Wendungen gelehrt worden ist,

Windscheid, Pand. II. § 348, not. 5; 349, not. 3;
Eisele, Compensation, S. 231, 236, 339;

dass die durch Vertrag oder richterlichen Ausspruch vollzogene Compensation Befriedigung sei für jeden der sich gegenüberstehenden Theile durch gegenseitige Befreiung von der eigenen Schuld.

Es ist hier nicht Ort und Raum, um auf die eigenthümliche Natur der Confusion näher einzugehen; nur zwei Puncte mögen, als auch für das secum compensare bedeutsam, hervorgehoben werden.

Der Grund der tilgenden Wirkung der Confusion ist, dass Niemand sein eigener Schuldner oder Gläubiger sein kann, weil zwei gesondert als Gläubiger und Schuldner sich gegenüberstehende Subjecte zum Wesen der Obligation gehören.

Vgl. l. 11 Dig. de leg. I.

Hierüber ist man von Altersher, wie neuerdings im wesentlichen einig. Die Meinung von Girtanner (die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht S. 506 ff.), dass die Confusion Zahlung sei, nicht blos unter Umständen wie Zahlung wirke, dass sie eine Selbstzahlung sei, die der Erbe sich selber zu machen verpflichtet sei, ist genügend widerlegt durch Fitting (die Natur der Correalobligationen S. 111 ff.). Es kann hinzugefügt werden, dass, obwohl Selbstzahlung unter Umständen sehr wohl möglich ist,

l. 9 § 5 Dig. de administr. et peric. 26. 7.

doch der Erbe aus der Erbschaft sich niemals realiter selbst zahlen kann, schon weil Niemand mit demjenigen, was er schon im Eigenthum hat, wirksam bezahlt werden kann;

z. B. l. 8 § 5 Dig. mand. 17. 1. verbis: cum ei suos nummos emtor dederit;

daher denn auch die Römischen Juristen niemals vom wirklichen Erben sagen, dass er sich selbst bezahlt hätte, sondern dies nur vom Nichterben, speciell vom praedo aussagen.

l. 31 § 1 Dig. de hered. pet. 5. 3.; vgl. auch l. 95 § 8

Dig. de solut. 46. 3. und hierzu die gute Bemerkung von Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 348, Anm. 2.

Wo die Römischen Juristen von dem Solutionseffect der Confusion sprechen — siehe die oben S. 41 citirten Stellen —, führen sie denselben niemals auf eine wirkliche Selbstzahlung des Erben zurück, sondern sagen entweder einfach, dass die Confusion wie Solution, potestate solutionis wirke, oder, wie Paulus in l. 41 § 2 Dig. de evict. 21. 2., dass es anzusehen sei, als ob schon die hereditas dem Erben vor der Antretung gezahlt habe.

Die gemeine Meinung, indem sie den Grund der Confusion in das Zusammentreffen von Forderung und Schuld in derselben Person setzt, supponirt damit stillschweigend, dass Forderung und Schuld von der Erbschaft wirklich auf den Erben übergehen und nur im selben Moment durch das Zusammentreffen zerstört werden, weil Niemand sein eigener Schuldner oder Gläubiger sein kann. Baron's Auffassung, a. a. O. S. 340 ff., welche noch jetzt in seinen Pandecten § 270 II. nach not. 2 durchzuschimmern scheint, ging bekanntlich im directen Gegensatz dahin, dass eine Succession des Gläubigers in die Schuld oder des Schuldners in die Forderung überhaupt unmöglich sei, die erbschaftliche Forderung oder Schuld gewissermassen vor der Thür stehen bleibe und gerade deshalb zu Grunde gehe, weil die Schuld nun keinen Gläubiger und die Forderung keinen Schuldner finden könne.

Die Ansicht Baron's ist nun m. E. unvereinbar damit, dass die Römischen Juristen der Confusion regelmässig Solutions- beziehentlich Compensations-Effect, also die Wirkung der Befriedigung beilegen. Denn Befriedigung des Gläubigers setzt stets einen Erwerb desselben voraus, welcher als Aequivalent für die Zerstörung des Forderungsrechts dienen kann, mag dieser Erwerb in einer directen Zuwendung oder in Liberirung von einer dem Gläubiger obliegenden Schuld bestehen. Bei Baron giebt es keinen Erwerb und kein dem Gläubiger dadurch verschafftes Aequivalent, sondern ein unvermitteltes und gesondertes Untergehen von Forderung und Schuld.

Windscheid, Pandecten II. § 352 not. 5, hat als Quellenbeweis gegen Baron mit Recht die für die Confusionslehre

überhaupt auch m. E. bedeutsame l. 7 § 1 Dig. de stipulat. serv. 45. 3. angeführt.

Ein gemeinschaftlicher Sclave hat von dem einen seiner Herren stipulirt pure sine ulla adjectione, d. h. ohne namentlich den oder diejenigen seiner Herren zu bezeichnen, für welche er das Forderungsrecht aus der Stipulation erwerben will. In diesem Fall

> reliquas partes is servus ceteris sociis praeter eam partem, ex qua promissor dominus esset, adquiret.

Und doch, fährt Windscheid a. a. O. fort, — und so dürfen wir wohl sein nun folgendes Citat der l. 1 § 4 Dig. de stipulat. serv. 45. 3. ergänzen — ist es ein bekannter Satz des Römischen Rechts, dass, wenn aus einem Erwerbsacte des gemeinschaftlichen Sclaven nur der eine Herr erwerben kann, der andere nicht, das Ganze demjenigen Herrn erworben wird, welchem der Sclave zu erwerben die Fähigkeit hat[1]).

Also: Wenn der servus communis im Falle der l. 7 § 1 cit. den übrigen Herren doch nur nach ihren Antheilen an ihm das Forderungsrecht aus der Stipulation erwirbt, so kann dies nicht daran liegen, dass er dem dominus promissor nichts aus der Stipulation zu erwerben vermöchte; vielmehr erwirbt er auch diesem Herrn antheilig aus der Stipulation mit ihm selbst; nur kann der dominus promissor diesen seinen Erwerb aus der Stipulation des Sclaven nicht in der Gestalt einer actio und eines Forderungsrechts gegen sich selbst haben; wohl aber hat er ihn in der Gestalt einer Befreiung von der eigenen durch die Promission übernommenen Pflicht. Die Stipulation des communis servus ist auch für den Theil, zu welchem der promissor selbst Eigenthümer des Sclaven ist, nicht völlig wirkungslos, sie verschafft dem dominus einen Vortheil, antheilige Liberation von seiner promissio oder, wenn man das lieber sagen will, antheilige Ersparung an seiner Pflicht aus der promissio. Der äusserlich zunächst an den Tag tretende Effect ist, dass der dominus promissor das Forderungsrecht der übrigen Herren aus der Stipulation zu seinem Antheile ausschliesst,

[1]) S. auch l. 7 § 1 bis l. 9 pr. Dig. de stipulat. serv. 45. 3.; l. 12 Dig. de auctorit. tut. 26. 8.

den Erwerb derselben auf ihre Antheile am Sclaven beschränkt, partem facit ceteris dominis [1]).

Einen directen Quellenbeweis für die aufgestellte These scheint mir aber gerade unsere l. 33 solut. matr. zu liefern; denn wenn Africanus am Schlusse derselben sagt:

> nec ad rem pertinere, quod solvendo esset hereditas, quando ceteris etiam creditoribus teneatur;

so ist das Argument nur zutreffend, wenn die Schuld der verstorbenen Frau an den sie beerbenden Mann auch auf den letzteren übergeht, ebenso wie die Schulden, welche die Frau gegenüber ihren übrigen Gläubigern hat — nur natürlich, dass die erstgedachte Schuld, weil der Mann nicht sein eigener Schuldner sein kann, sofort mit dem Erbschaftsantritte zerstört, der Mann qua Erbe von dieser seiner Schuld liberirt wird und in dieser Liberirung das Aequivalent des Verlustes seines Forderungsrechts empfängt: secum pensasse intellegitur.

Der zweite Punct, auf welchen ich noch zu kommen habe, betrifft eines der Räthsel der Confusionslehre, hat übrigens für unser Thema kaum mehr als die Bedeutung der Beseitigung eines möglichen Einwandes. Wenn die Confusion, könnte man einwenden, stets einen aequivalenten Erwerb in Gestalt einer Liberation mit sich führt, wie ist es dann möglich, dass sie dennoch nicht immer solutionis potestate, also absolut und für alle an der Obligation Betheiligte, wirkt, sondern dass bisweilen, wie die Quellen sagen, blos persona eximitur. Dass eine solche beschränkte Wirkung vorkommt, auch da wo durch die Confusion wirklich Gläubiger und Schuldner zusammenfallen, ist bekannt und zeigt sich sowohl, wenn zwischen Gläubiger und Bürgen Confusion eintritt, wo gleichwohl der Hauptschuldner nicht befreit wird, als in dem bekannten Falle, dass der Gläubiger einen der mehreren correi debendi oder einer von mehreren correi credendi den Correalschuldner beerbt. Ob diese be-

[1]) Derselbe Gesichtspunct für einen anderen Confusionsfall findet sich angewendet in l. 67 § 3 de leg. II. über das partem facere und seine, namentlich auch die sonst begründete Anwachsung hindernde Wirkung z. B. l. 18 pr. Dig. 45. 3. (hier erhält der socius aus der Stipulation des communis servus das Ganze, quoniam partem non facit hereditas). — Vat. fragm. § 87 l. 34 § 13 Dig. de leg. I. — l. 8 § 8 Dig. 5. 2.; l. 3 § 9 10 Dig. 38. 16.

schränkte Wirkung der Confusion in beiden letztgenannten Fällen Platz greift, wie ich annehme, ist hier gleichgiltig; genug dass sie für den ersten Fall, Beerbung des einen correus debendi durch den gemeinsamen Gläubiger in l. 71 pr. Dig. de fidejuss. 46. 1. unbezweifelt bezeugt ist. Ich glaube auch nicht, dass sich hieraus ein entscheidender Beweis für die Richtigkeit der verschiedenen Correalitätstheorien, namentlich ein Beweis gegen oder für die sogenannte Einheitlichkeit der Correalobligationen entnehmen lässt. Die Frage, welche uns hier beschäftigt, warum die Confusion nicht sämmtliche correi befreit, muss meiner Ueberzeugung nach entschieden werden aus der Natur der Confusion und aus der eigenthümlichen Qualität, welche die Correalobligation als activer oder passiver Vermögensbestandtheil hat, nicht, wenigstens nicht direct, aus ihrer juristischen Structur. Wenn die Confusion immer solutionis potestate, wie wirkliche Befriedigung, wirkte, so würde die Folge nicht blos die sein, dass sie den andern correus debendi befreite, sondern dass auch bei einer gewöhnlichen Solidarobligation die anderen Schuldner befreit werden müssten, was doch beides nicht der Fall ist.

Die Confusion ist eine selbständige Aufhebungsart der Obligation, welche, in dieser Beziehung der Solution und Acceptilation gleichend, die Obligation völlig tilgt d. h. sie ipso jure und, ohne naturalis obligatio zurückzulassen, aufhebt[1]). In dieser Beziehung stimme ich mit Fitting (Correalobligation S. 121) überein. Eine andere Frage ist, ob sie stets wie Solution bezw. Befriedigung wirkt. Diese Frage ist damit, dass die Confusion ipso jure perimirt, noch nicht entschieden, sie ist auch nicht, wie Fitting a. a. O. § 21 zu meinen scheint, eine Frage blos nach dem öconomischen Effect, sondern von juristischer, nur nicht blos formal juristischer Bedeutung. Die Tilgungsarten, welche Erfüllung sind oder der Erfüllung gleich stehen, weil in ihnen reine Satisfaction enthalten ist, durch welche der Gläubiger sich freiwillig für befriedigt ansieht oder sich für befriedigt

[1]) Auf das bekannte remanet propter pignus naturalis obligatio der l. 61 (59) pr. Dig. ad SC. Trebell. 36. 1. kann hier nicht eingegangen werden, jedenfalls aber bleibt dort die naturalis obligatio zurück nicht wegen, sondern trotz der Confusion.

ansehen muss, sind auch juristisch verschieden von denjenigen, welche keinerlei Satisfaction enthalten, und gerade in unserer neueren Theorie hebt man mit Recht diesen Unterschied zwischen den Tilgungsarten der Obligation mit an erster Stelle hervor.

Von der obigen Frage nun, ob und in wie weit die Confusion Solutions-Character habe, hängt es ab, ob dieselbe über die zunächst betheiligten Personen hinaus wirkt. Es kann dies sehr wohl der Fall sein. Wenn der Gläubiger und der Hauptschuldner durch Confusion zusammenfallen, so wird nach der feinen Bemerkung Papinians in l. 50 Dig. de fidejuss. 46. 1:

> obligatio ratione confusionis intercidit aut (quod est verius) solutionis potestate

auch der Bürge mitbefreit werden, weil die Hauptschuld wie gezahlt gilt, nicht blos aus dem allerdings ebenfalls zutreffenden formalen Grunde, dass idem apud eundem pro eodem fidejussor esse non potest[1]).

l. 71 pr. Dig. de fidejuss. 46. 1. l. 34 § 8 Dig. de solut. 46. 3.

Jetzt aber müssen wir nothwendig fragen: Da die Confusion nicht immer Solutionseffect hat, warum und wann wirkt sie denn wie Zahlung, also absolut auch zu Gunsten und Ungunsten dritter Personen? In der Natur der Confusion als solcher kann dies nicht wohl liegen, da sie ein Vorgang ist, welcher nach seiner Art und seinem Grunde direct nur wirken kann auf die obligatorische Beziehung, welche bisher zwischen jenen Personen bestand, von denen die eine jetzt Erbe der anderen geworden ist.

Vergl. Windscheid II § 295 not. 9.

Woher nimmt also die Confusion regelmässig den weiter gehenden, absoluten Effect der Solution? Die Antwort ist folgende: Die Confusion ist weder solutio noch wirkt sie immer als solche; sie wirkt regelmässig als Befriedigung, weil sie stets eine Liberation mit sich führt und die Liberation für den Befreiten regelmässig einen wirklichen Vermögenserwerb hervor-

---

[1]) Dieser formale Grund ist in l. 71 pr. cit. verbis: „sed et accessiones" wirklich der einzige für die Liberirung der Bürgen und Mandatoren desjenigen correus debendi, welcher mit dem Gläubiger zusammengefallen ist, weil die Befreiung dieses correus durch die Confusion nicht Solutions-Character trägt, sondern hier nur debitoris persona exemta est.

bringt. Aber nicht jede Liberation bringt für den Liberirten eine wirkliche Vermögensvermehrung und für den Gläubiger eine entsprechende wirkliche Vermögensverminderung hervor. Insbesondere bei der Confusion kommt es darauf an, von welcher Beschaffenheit die Obligation zwischen dem Gläubiger und Schuldner war, welche durch das Zusammenfallen dieser beiden jetzt aufgehoben wird.

Wie es Erwerb von Rechten gibt, welcher keine Vermögensvermehrung enthält und daher z. B. weder zu einer Schenkung noch einer Dotirung dienen kann, so gibt es auch Liberationen, welche dem Befreiten wohl Sicherheit gegen ein von ihm übernommenes mögliches Risico, aber keine eigentliche Vermehrung seines Vermögens gewähren und welche, vom Standpunct des Gläubigers aus betrachtet, diesem nicht sowohl eine bisher einen Bestandtheil seines Vermögens bildende Forderung entziehen, als ihm blos eine Sicherheit nehmen, die er für diese Forderung bis dahin hatte. So verhält es sich mit dem Pfandrecht und insbesondere auch mit der Bürgschaftsobligation.

Savigny, System des heut. Röm. Rechts B. IV. S. 55, 90, 126 nach w., 129 nach i.;
vgl. auch die securitas in l. 5 § 2 Dig. de liber. leg. 34. 3. und l. 3 § 4 Dig. de leg. III.

Soll nun die durch die Confusion bewirkte Liberirung solutorisch und daher absolut wirken, so ist vor allem nöthig, dass die durch sie herbeigeführte Liberation Befreiung von einer Schuld ist, welche wirklich eigenes und ausgemachtes aes alienum ist d. h. ein wahres minus im Vermögen des jetzt befreiten Schuldners darstellte und bei der Berechnung desselben unter die wirklichen Passiva hätte gesetzt werden müssen. Und andererseits, wenn für den Gläubiger aus derjenigen obligatorischen Beziehung, welche jetzt durch Confusion aufgehoben ist, nicht ein Forderungsrecht selbständiger vermögensrechtlicher Bedeutung hervorging, sondern blos ein Forderungsrecht zum Zweck der Sicherstellung, so ist nicht der geringste Grund vorhanden, der Confusion solutorischen Effect zu geben und den Gläubiger anzuhalten, dass er sich für die von der Confusion direct nicht betroffene Hauptforderung für befriedigt erachten müsste.

Zahlt der fidejussor, wenn auch proprio nomine, oder befreit ihn der Gläubiger durch Acceptilation, so wird freilich auch der Hauptschuldner befreit, weil der Gläubiger befriedigt ist oder freiwillig erklärt hat, dass er sich für befriedigt erachten will, weil also der Zweck des gesammten Obligationsapparates erfüllt ist[1]). Geht die Absicht dahin, blos den Bürgen und diesen blos von seinem Risico zu entlasten, also nur den Sicherungsapparat zu zerstören, so ist das ganz zulässig und sehr wohl möglich; nur darf dann dem Bürgen nicht acceptoferirt, sondern er muss pacto liberirt werden.

l. 3 § 3 l. 5 § 1 l. 10 Dig. de lib. leg. 34. 3.

Tritt zwischen Hauptschuldner und Gläubiger Confusion ein, so hat die letztere absoluten Effect, der auch auf die Bürgschaftsobligation hinüber wirkt. Denn für den Hauptschuldner enthält die Liberirung durch Confusion eine wirkliche Vermögensvermehrung und darum wirkt sie hier mit Solutionseffect.

l. 50 Dig. de fidej. 46. 1.

Fallen dagegen Bürge und Gläubiger zusammen, so wird zwar die Bürgschaftsobligation perimirt, aber gemäss dem vorstehend Entwickelten durch pura confusio ohne Solutionseffect. Der Bürge erlangt durch die Confusion nur Befreiung von einem Risico, der Gläubiger verliert blos einen Anspruch, der ihm zur Sicherheit diente. Daher behält der Bürge, welcher Erbe des Gläubigers wurde, das erbschaftliche Forderungsrecht gegen den Hauptschuldner und erlangt gegen letzteren keinen Regressanspruch qua Bürge, den er erlangt haben würde, wenn die Confusion solutorischen Effect gehabt, also auch die Hauptschuld getilgt hätte[2]).

[1]) Ueber die Bedeutung des Zweckmoments, namentlich auch für die Lehre von der Aufhebung der Obligationen s. G. Hartmann, Die Obligation S. 46. 55., Ihering u. a. in seinen Jahrbüchern B. X. S. 415 ff., neuerdings Band XXIV. S. 136. 147. Dass die tilgende Wirkung der Zweckerfüllung sich noch weiter erstrecken kann auf andere selbständige Obligationen, z. B. eine solidarische (Ihering B. XXIV. S. 147.), gebe ich selbstverständlich zu; es widerspricht dies aber auch dem von mir hier betonten Gesichtspuncte für die Wirkung der Erfüllung Seitens des Bürgen an den Gläubiger in keiner Weise.

[2]) Gerade darum verhält es sich anders im Falle der l. 11 Dig. mand. 17. 1, weil hier der Hauptschuldner beim Eintritt der Confusion

l. 21 § 5 Dig. de fidejuss. 46. 1.

Die Ausschliessung der solutorischen Wirkung der Confusion in Correalverhältnissen beruht auf wesentlich gleichen Gesichtspuncten. Ein Quellenbeweis ergibt sich aus der Combination von l. 71 pr. Dig. de fidejuss. 46. 1. und l. 62 Dig. ad leg. Falcid. 35. 2. Bei der Berechnung der Falcidia werden Forderungen und Schulden nach ihrem Werthe als materielle Vermögensbestandtheile in Betracht gezogen. Die lex 62 spricht nun aus, dass weder Correalforderungen noch Correalschulden unter den Activen oder den Passiven des verstorbenen einen correus credendi oder debendi angesetzt werden, weil es noch in pendenti ist, in utrius bonis computari oporteat id quod debetur vel ex cujus bonis detrahi.

Wenn nun, um bei dem in l. 71 pr. cit. bezeugten Falle stehen zu bleiben, der gemeinsame Gläubiger den einen seiner Correalschuldner beerbt, so wird zwar die obligatorische Beziehung zwischen ihm und diesem correus pura confusione, rein durch Confusion zerstört, aber solutorischen Effect hat diese Confusion nicht. Denn die Schuld, von welcher durch dieselbe der Gläubiger Liberirung qua Erbe des verstorbenen correus debendi erhält, war kein ausgemachtes aes alienum des letzteren und konnte als sicheres Passivum desselben bei der Berechnung seines Vermögens noch nicht eingestellt werden.

Bestätigt wird unsere vorentwickelte Auffassung noch insbesondere durch die Ausnahme, welche in den beiden citirten Stellen für den Fall, dass die mehreren Correalschuldner bezw. Correalgläubiger socii sind, erwähnt wird. Wenn nämlich die correi debendi oder credendi in einem Societätsverhältniss stehen, so wird nach l. 62 cit. bei Berechnung des Nachlasses des verstorbenen correus die Correalschuld zur Hälfte unter seine Passiva, die Correalforderung zur Hälfte unter die Activa gestellt.

Dem entsprechend wird in l. 71 pr. cit. verbis:

cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit

— mindestens nach classischem Recht — durch Litiscontestation schon befreit, der Bürge aber Schuldner geblieben war und der letztere überdies aus dem gegen ihn ergangenen Judicat schon proprio nomine haftete.

societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere

entwickelt, dass, wenn der eine von zwei Correalschuldnern, welche socii sind, vom Gläubiger beerbt wird, der andere correus nur noch auf die Hälfte der Correalschuld vom Gläubiger verklagt werden kann. Hier also, wenn die beiden correi socii sind, wirkt die Confusion mit dem einen zunächst nur für dessen Hälfte solutorisch, zu dieser Hälfte wird auch der andere socius befreit, fährt aber fort wirksam für die andere Hälfte zu haften.

Der Grund ist, dass wegen des Societätsverhältnisses die gemeinsame Correalschuld für jeden der beiden correi, aber für jeden nur zur Hälfte ihres Betrages, ein ausgemachtes debitum bildet, welches deshalb auch bei Berechnung der Falcidia nur zur Hälfte unter die Passiven des Verstorbenen gestellt wird.

l. 62 Dig. ad leg. Falcid. 35. 2. im Anfang.

Diese Tilgung der Hälfte der Correalschuld durch Confusion stellt sich übrigens m. E. dar als ipso jure und mit absolutem Effect geschehend; es ist nicht so, dass der correus debendi, in dessen Person die Confusion nicht eingetreten ist, gar nicht befreit wäre und nur der Klage des Gläubigers auf das Ganze die exceptio doli opponiren könnte, dass dieser ihm als Erbe des anderen socius zur Hälfte regresspflichtig sei[1]). Eine solche exceptio doli kommt vor, wenn Jemand, der als gemeinsamer mandator für beide correi debendi non socii aufgetreten ist, nach zwischen dem Gläubiger und einem der correi eingetretener Confusion vom Gläubiger belangt wird. Hier wird dieser mandator den klagenden Gläubiger mit der exceptio doli sogar gänzlich zurückweisen;

l. 71 pr. cit. verbis: plane quia is mandati judicio

denn er kann dem Gläubiger entgegenhalten: Wenn ich auch als mandator des noch lebenden correus, der dir noch verhaftet ist, ebenfalls auf das Ganze belangt werden kann, so könnte ich doch, falls ich dasselbe bezahlen muss, das Gezahlte von dir als Erben des verstorbenen correus in meiner Eigenschaft als dessen mandator mit der actio mandati zurückfordern; dolo petis quod reddi-

[1]) So auch richtig Fitting, die Natur der Correalobligationen S. 203 not. 226, welcher nur auch hier seine Electionstheorie einmischt; siehe gegen diese richtig Windscheid § 295 not. 9 a. E.

turus es. Gerade weil die Confusion des Gläubigers mit einem der correi debendi non socii gar keinen solutorischen Effect hat, ist eine solche exceptio doli des gemeinsamen mandator möglich und nöthig.

Es ist übrigens nicht unwahrscheinlich, dass nach der formalistischen Auffassung der älteren Jurisprudenz die Confusion ursprünglich durchgehends absolut wirkte. Dafür spricht, dass noch Pomponius die Confusion schlechthin mit der acceptilatio vergleicht (l. 107 Dig. de solut. 46. 3.), und dass wir die Function der Confusion als einer materiellen Befriedigung zuerst bei Africanus (Compensationseffect) und Terentius Clemens (l. 21 § 1 Dig. de lib. leg. 34. 3.) erwähnt und erst bei Papinianus (l. 95 § 2 Dig. de solut. 46. 3.) und Paulus (l. 71 pr. Dig. de fidejuss. 46. 1.) Hinweisungen darauf finden, dass die Confusion nicht immer absolut und mit Solutionseffect wirkt.

Von der Frage nach dem Solutionseffect verschieden, obwohl sich bisweilen mit ihr berührend, ist die Frage, ob die Confusion stets und dauernd wirkt, die betreffende Obligation definitiv zerstört. Hier mag die Bemerkung genügen, dass letzteres regelmässig der Fall ist, schon wegen des Grundsatzes: semel heres semper heres. Aber es ist selbst bei der Confusion durch Univeralsuccession nicht immer der Fall, so wenn das betreffende Testament durch querela inofficiosi rescindirt wird (l. 21 § 2 Dig. de inoff. test. 5. 2. l. 22 Cod. hoc tit. 3. 28.). Und wenn die Confusion durch Singularsuccession eintrat, so wissen wir für einen Fall, welcher schon im Römischen Rechte möglich war, den des Eigenthumserwerbs des Beschädigten an dem delinquirt habenden Sclaven (z. B. l. 37 Dig. de noxal. act. 9. 4.), dass zwar die recipirte Sabinianische Ansicht die erloschene Noxalklage nicht wieder aufleben liess, dass aber die Proculianer blos ein Ruhen derselben, so lange der Sclave im Eigenthum des Beschädigten stand, annahmen. (Gaj. IV. 78; vergl. Windscheid, Pandecten I. § 65. not. 5.)

Endlich, wenn wir jetzt nochmals das in Folge von Confusion stattfindende secum pensare unserer l. 33 solut. matr. ins Auge fassen, so ist wohl zu beachten, dass Africanus von dem die schuldnerische Frau beerbenden Manne sagt: adeundo

hereditatem debitricis secum pensasse intellegitur. Daraus folgt einmal, dass wir es hier nicht mit einem wirklichen Act des secum pensare zu thun haben, sondern mit einem Effect, welcher durch die eine Confusion bewirkende Erbschaftsantretung bereits herbeigeführt ist und welcher mit demjenigen Effect gleichartig ist, welchen ein damals geschehenes secum pensare hervorgebracht haben würde; andererseits, dass es ein wirkliches secum pensare geben muss — denn sonst hätte jene Vergleichung keinen Sinn — und dass das wirkliche secum pensare, wie die Erbschaftsantretung in einem einseitigen Willensact des mit sich selbst Compensirenden bestanden haben wird.

IV.

Lex 82 Dig. ad legem Falcid. 35. 2. Ulpianus libro octavo disputationum. — Quaerebatur, cum is qui solum in nomine quadringenta in bonis habebat ipsi debitori liberationem, Seio autem quadringenta legaverit, si debitor vel solvendo non sit vel centum facere possit, quantum quisque habeat interventu legis Falcidiae. dicebam legem Falcidiam ex eo quod refici ex hereditate potest quartam heredi tribuere, residuum dodrantem inter legatarios distribuere. quare cum nomen minus solvendo est in hereditate, eius quod exigi potest pro rata fit distributio, residui venditio facienda est, ut id demum in hereditate computetur, quanti nomen distrahi potest. sed cum debitori liberatio relinquitur, ipse sibi solvendo videtur et quod ad se attinet, dives est: quippe si ei mortis causa accepto feratur id quod debet, quadringenta cepisse videbitur, licet nihil facere possit: sensisse enim liberationem plenam videtur, quamvis nihil facere possit. si soli ei liberatio relicta est, et ideo Falcidia interveniente trecenta accepto illi ferri debent, residua centum durabunt in obligationem et si quidem facere posse coeperit, exigentur ab eo dumtaxat usque ad centum. idemque erit dicendum, et si mortis causa accepto ei quadringenta ferantur. unde eleganter dicitur acceptilationem in pendenti fore, ut, si quidem mortis

tempore quadringenta tota inveniantur, in trecenta valeat acceptilatio, si vero praeterea aliquid inveniatur, quod quadrantem suppleat heredi, in quadringenta acceptilatio proficiet. quodsi debitor iste quadringentorum dumtaxat centum facere potest, quia sibi solvendo est, necesse habebit centum refundere. cum igitur debitor sibi solvendo sit, eveniet, ut, si herede aliquo instituto ipsi debitori liberatio et alii quadringenta legata sint, si quidem solvendo sit debitor, centum quinquaginta ex trecentis retineat, alia centum quinquaginta legatario praestentur, heres centum habeat: sin vero centum tantum facere possit, heredi ex refecto quarta servanda est: sic fiet, ut centum, quae praestari possunt, in quattuor partes dividantur, tres partes ferant legatarii, heres viginti quinque habeat, debitor, qui solvendo non est, **secum centum quinquaginta compenset.** de residuis centum quinquaginta, quae exigi non possunt, venditio fiet nominis idque, quasi solum in bonis fuerit, repraesentatur. quodsi nihil facere debitor potest, aeque in centum quinquaginta accepto liberandus est: de residuo venditionem nominis faciendam Neratius ait, quod et nos probamus[1]).

Aus dieser umfangreichen Stelle sind nur diejenigen Puncte hervorzuheben, welche von Bedeutung für das in derselben erwähnte secum compensare sind.

Bei der Berechnung der Falcidischen Quart werden Erbschaftsforderungen unter den Activis und Vermächtnisse solcher Forderungen an Dritte — legata nominis — unter den Legaten nur insoweit in Anschlag gebracht, als vom Schuldner wirklich etwas zu bekommen ist.

l. 63 § 1 l. 22 § 4 Dig. ad leg. Falcid. 35. 2.

Anders aber verhält es sich, wenn einem Erbschaftsschuldner ein Liberationslegat hinterlassen ist. Hier wird der Betrag der Forderung, von welcher dem Vermächtnissnehmer die Befreiung

[1]) Eine ausführlichere, das secum compensare übrigens auch kaum berührende Interpretation dieser Stelle findet sich meines Wissens blos in der Glosse ad h. leg.; Donellus, comment. jur. civ. IX. cap. 24 § 7 geht nicht näher darauf ein.

vermacht ist, voll unter den Legaten angesetzt, selbst wenn der Schuldner völlig insolvent ist, dergestalt dass bei Eintreten der Falcidia sowohl dem Liberationslegat selbst als auch den etwaigen übrigen Legaten der entsprechende Abzug gemacht wird. Denn jeder Schuldner gilt als sich selbst solvent, und auch der zahlungsunfähige Liberationslegatar capere videtur eo, quod liberatur.

l. 22 § 3 Dig. ad leg. Falcid. 35. 2.

Wie verhält es sich nun in folgendem, in der lex 82 ad leg. Falcid. von Ulpian supponirten Falle?

Das Vermögen des Erblassers besteht lediglich in einer Forderung von 400 gegen Titius. Der Erblasser vermacht dem Titius die Befreiung von seiner Schuld und einem anderen Vermächtnissnehmer Sejus die Summe von 400. Es ist klar, nicht nur dass der Abzug der Falcidischen Quart einzutreten hat, sondern dass auch die beiden Vermächtnisse im Gesammtbetrage von 800, jedes um die Hälfte, also auf je 200 zu reduciren sind. Das Ergebniss ist, dass nach Abzug der Quart von 100 für den Erben für jeden der beiden Vermächtnissnehmer 150 als wirksam zu capirender Betrag übrig bleiben.

Nun sind drei Eventualitäten gegeben, je nachdem der Schuldner und Liberationslegatar vollständig oder nur theilweise oder gar nicht zahlungsfähig ist.

Ist derselbe vollständig solvent, so behält er zur Befriedigung für sein Legat die ihm zukommenden 150 einfach zurück,

> centum quinquaginta ex trecentis (welche überhaupt den beiden Legataren zukommen) retineat

die übrigen 250 Forderungsbetrag muss er baar auszahlen, und sie vertheilen sich zwischen dem Erben, der 100 als seine Quart behält, und dem Legatar Sejus, welcher 150 als wirksamen Betrag seines legatum nominis bekommt.

Ist dagegen der Schuldner und Liberationslegatar gänzlich zahlungsunfähig, so hat er keinen weiteren Anspruch als den ihm in allen Fällen zuständigen rein formalen Anspruch auf theilweise Acceptilation nach Höhe von 150; von einem Retiniren dieser 150 spricht Ulpian — vergleiche den Schluss der Stelle — hier nicht, und kann davon auch nicht wohl ge-

sprochen werden, weil der Schuldner hier gar nichts leisten, also auch in materiellem Sinne nichts retiniren kann.

Endlich die dritte Eventualität ist, dass der Schuldner und Liberationslegatar theilweise zahlungsunfähig ist, beispielsweise nur 100 zu leisten vermag. Für diesen Fall sagt nun Ulpian:

> Sic fiet, ut centum, quae praestari possunt, in quattuor partes dividantur, tres partes ferant legatarii (richtiger ferat legatarius, nämlich Sejus; siehe Mommsen Digestenausg. II. S. 217 bei 5 und schon die Glosse), heres viginti quinque habeat, debitor, qui solvendo non est, secum centum quinquaginta compenset.

Nach Höhe der übrig bleibenden 150 wird das Forderungsrecht verkauft, und der Erlös zwischen dem Erben und dem anderen Legatar Sejus wieder im Verhältniss von $^1/_4$ zu $^3/_4$ vertheilt:

> idque quasi solum in bonis fuisset repraesentatur.

Denn vom Standpuncte des Erben und des Legatars Sejus ist nur der durch Einziehung oder Verkauf realisirbare Theil der Forderung im Nachlass befindlich und ein für sie zum wirklichen Capiren geeignetes Object.

Warum erwähnt nun der Jurist nur in diesem dritten Falle eines secum compensare Seitens des Liberationslegatars, und was hat es mit diesem secum compensare hier für eine Bewandniss?

Dieser dritte Fall ist so beschaffen, dass alles, was vom Schuldner geleistet werden kann, zwischen dem Erben und dem zweiten Legatar Sejus vertheilt wird. Was der Liberationslegatar zu bekommen hat, diejenigen 150, welche er aus seinem Legate wirksam zu capiren verlangen kann, diese hat er sich auf denjenigen Theil des nomen aufzurechnen, welchen er nicht zahlen kann, trotzdem aber für sein Legat nach der ihm zukommenden Höhe von 150 sich für befriedigt zu erachten, woraus namentlich folgt, dass er bis zu dieser Höhe rechtsgiltig mit einem Aftervermächtnisse beschwert werden könnte.

Bei dem ersten und zweiten Falle kommt nichts darauf an, ob und worauf man den debitor und Liberationslegatar sich aufrechnen lässt. Denn, wenn derselbe alles zahlen kann, und

ebenso, wenn er gar nichts zu zahlen vermag, kann die Frage überhaupt nicht aufgeworfen werden, ob er auf den Theil der Forderung, welchen er zu zahlen im Stande ist, oder auf den Theil, welchen er zu zahlen nicht im Stande ist, sich aufzurechnen habe.

Wohl aber entsteht diese Frage, wenn er nur einen Theil zahlen kann, in Betreff des Uebrigen aber zahlungsunfähig ist, und gewinnt diese Frage dann ein sehr erhebliches practisches Interesse. Es sind dann nämlich wieder drei verschiedene mögliche Lösungen vorhanden.

Die erste Möglichkeit ist; der Liberationslegatar könnte sagen: Für meinen nach Höhe von 150 wirksamen Liberationsanspruch befriedige ich mich dadurch, dass ich die 100, welche ich wirklich zu zahlen im Stande bin, zurückbehalte und somit dem Erben und dem Legatar Sejus den Theil des nomen überlasse, welchen ich nicht zu zahlen vermag; d. h. der Schuldner würde die beiden anderen am nomen Betheiligten lediglich auf den durch Verkauf eines inexigiblen nomen von 250 zu realisirenden Erlös verweisen.

Die zweite Möglichkeit ist folgende; der Schuldner sagt: Für die 150, die ich zu bekommen habe, befriedige ich mich durch verhältnissmässige Aufrechnung sowohl auf den Theil des nomen, welchen ich zahlen kann, als auf denjenigen Theil, den ich nicht zahlen kann; was ich zu capiren habe, das muss von der universitas nominis pro rata decedere, verhältnissmässig abgehen;

vergl. l. 73 Dig. de solut. 46. 3.[1])

ich will also bei der Aufrechnung keinen Vorzug vor euch, aber ihr dürft auch vor mir keinen Vorzug in Anspruch nehmen. Folglich da meine 150 $^3/_8$ der ganzen Schuld von 400 betragen, retinire ich von den 100, die ich wirklich zahlen könnte, $^3/_8 = 37^1/_2$ und zahle euch $^5/_8 = 62^1/_2$ aus; von den übrigen 300, die ich nicht zahlen kann, kommen $^3/_8 = 112^1/_2$

[1]) In dieser Stelle werden von Marcellus in Erörterung der Frage über die Verrechnung des Pfanderlöses im Grunde dieselben drei Möglichkeiten angedeutet, wie in der lex. 82 ad leg. Falcid. Jedenfalls sieht man, dass die Römischen Juristen über diese Verrechnungsfragen verschiedene Ansichten gehabt und zwischen ihnen geschwankt haben.

auf mich, $^5/_8 = 187^1/_2$ auf euch, den Erben und den Sejus, und diese beiden mögen dann diesen inexigiblen Betrag des nomen so gut verkaufen, als sie können.

Es ist klar, dass die beiden vorstehenden Aufrechnungsarten für den Erben und den zweiten Legatar Sejus mehr oder weniger nachtheilig und für den Liberationslegatar, welcher dasjenige, was er zahlen kann, entweder ganz oder pro rata retinirt, vortheilhaft sein werden.

Aber Ulpian entscheidet sich für die dritte Möglichkeit, welche für den Liberationslegatar die wenigst vortheilhafte ist. Derselbe muss die 100, die er wirklich zahlen kann, ganz an die beiden Uebrigen herausgeben und muss die 150, die er kraft seines Liberationslegats zu capiren hat, ganz anrechnen auf den Theil des nomen, den er nicht zu zahlen vermag. Motivirt ist diese Entscheidung mit Recht dadurch, dass, da jeder Schuldner sibi ipse solvendo est, es für ihn rechtlich, freilich nicht factisch, ganz gleichgiltig ist, ob er sich von dem Theile des nomen für liberirt erachten muss, den er nicht zahlen kann, oder von dem Theile desselben, welchen er zahlen könnte. Das Ergebniss dieses secum compensare ist, dass die Aufrechnung zum Vortheil der dem Compensanten gegenüberstehenden anderen Betheiligten zu geschehen hat, indem ihnen der ganze überhaupt realisirbare Betrag überwiesen wird.

Dieselbe Entscheidung würde auch zutreffen, wenn das fragliche nomen etwa nach Höhe von 250 durch Pfand oder Bürgen gedeckt, der Schuldner aber selbst völlig insolvent wäre. Auch dann würde der debitor und Liberationslegatar sich für befriedigt erklären müssen durch die Liberation von dem ungedeckten Reste der 150, und auch die Bürgen desselben würden eine andere Anrechnung dem Erben und dem zweiten Legatar gegenüber nicht verlangen können.

Vergl. auch l. 35 pr. fin. Dig. de pign. act. 13. 7.

Es ist die l. 82 ad leg. Falcidiam wohl die einzige Stelle in den Quellen des Römischen Rechts, aus welcher sich bis zu einem gewissen Maasse ein Fingerzeig für die Entscheidung der so äusserst bestrittenen und doch practisch so wichtigen Frage entnehmen lässt, wer beim Gegenüberstehen mehrerer compensabler Forderungen oder Gegenforderungen das Wahl-

recht habe, der Schuldner oder der Gläubiger; und wenn nicht direct für diese, doch für die verwandte Frage, wie es sich mit dem Wahlrecht verhalte, wenn einer grösseren Forderung eine kleinere Gegenforderung gegenübersteht, ob da der Compensant den Gegner zwingen könne, die Compensation auf einen gewissen Theil der Hauptforderung, etwa den schlechter gedeckten oder den jetzt allein klagbar gemachten, sich gefallen zu lassen. Das Reichsgericht III. Senat hat in einer neueren bemerkenswerthen Entscheidung

> Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band XIII. S. 175, vgl. auch das frühere Urtheil desselben Senats in Seufferts Archiv B. XXXVI. nu. 188

abweichend von den in der erstcitirten Entscheidung in not. 1 angezogenen Erkenntnissen sich dafür entschieden, dass, wenn der Kläger vorerst nur einen Theil seiner Forderung eingeklagt hat, der Beklagte nicht verlangen könne, dass seine Gegenforderung gerade auf den eingeklagten Theil aufgerechnet werde, sondern sich gefallen lassen müsse, dass sie von der ihrem ganzen Umfange nach liquiden Gesammtforderung des Klägers abgerechnet werde. Dies führt dann practisch dahin, dass dem Kläger wenigstens in diesem Falle die sogen. Replik der Compensation und damit ein Wahlrecht zugestanden wird, auf welchen Theil seiner Gesammtforderung, den eingeklagten oder den nicht eingeklagten, die Compensationspost zu verrechnen ist.

Die erwähnten neueren Entscheidungen des Reichsgerichts erscheinen mir vom gemeinrechtlichen Standpuncte aus durchaus gerechtfertigt, gerade auch nach Analogie der l. 82 ad leg. Falc. cit., und meine ich, dass diese Analogie auch noch für andere verwandte Fälle, bei welchen es sich, um einen bei der Erfüllung gebräuchlichen Ausdruck zu gebrauchen, um die Anrechnung oder Imputation von Compensationsposten handelt, von Bedeutung sein würde.

Bekanntlich sind die Ansichten auch noch der Neueren über die hier einschlagenden Fragen sehr verschieden; auch pflegen diese Fragen auf verschiedene Weise formulirt zu werden[1]). Man fragt, ob gegen die Einrede der Compensation die

[1]) Ueber die verschiedenen Ansichten und die dabei entstehenden Fragen siehe Windscheid, Pandecten II. § 349 not. 18 und 25, Dern-

Replik der Compensation zulässig sei oder nicht, und drückt die Verneinung der Compensationsreplik wohl auch so aus, dass man sagt: compensatio compensationis non datur. Man bezieht die obige Frage sowohl auf den Fall, dass der Kläger zunächst nur einen Theil seiner Forderung eingeklagt hat, als auf denjenigen, dass er mehrere Forderungen gegen den Beklagten hat und vielleicht nur eine oder einige derselben einklagt, gegen welche der Beklagte nun seinerseits die Compensationseinrede stellt. Man fragt, wem im Falle der Concurrenz mehrerer Forderungen bezw. Gegenforderungen das Wahlrecht zustehe (Dernburg § 65), dem Gläubiger oder dem Schuldner. Die jetzt herrschende und namentlich in der Praxis noch überwiegend vertretene Ansicht geht dahin, dass die Replik der Compensation regelmässig unzulässig sei [1]) und insofern dem Schuldner das Wahlrecht zustehe.

Gestützt wird diese Versagung der Compensationsreplik in der Regel zugleich mit auf die bekanntlich keineswegs zweifellose Annahme, dass, wenn der Beklagte von dem Rechte der Aufrechnung eines Gegenanspruchs mittelst Stellung der Compensationseinrede einmal Gebrauch gemacht habe, schon durch diese Erklärung des Beklagten die Compensation vollzogen und beide Posten consumirt seien (vgl. z. B. Seufferts Archiv B. XXXIII. nu. 13. I. u. II., B. XXX. nu. 134., B. XL. nu. 282.).

Auf die vorerwähnten verschiedenen und schwierigen Fragen kann hier nicht näher eingegangen werden; blos einige Bemerkungen sollen hier angeschlossen werden, welche haupt-

burg, Compensation 2. Aufl. § 65, Eisele, Compensation S. 365 ff. speciell S. 366., Schwanert, die Compensation im Römischen Recht (Festschrift für Huschke) S. 23 ff. 71 ff., Brinz, Lehrbuch der Pandecten 2. Aufl. II. S. 427.

[1]) Uebrigens mit gewissen Ausnahmen, vgl. Windscheid, Pandecten II. § 349. not. 21, 24 u. 25. und die meisten der in der letztgenannten Note citirten Erkenntnisse aus Seufferts Archiv, denen noch die Erkenntnisse B. XXXIII. nu. 222 das. sowie Band XL. nu. 282 (I. Senat des Reichsgerichts) hinzuzufügen sein würden. Dissentirend, abgesehen von den vorerwähnten Reichsgerichtserkenntnissen, auch Seufferts Archiv B. 19 nu. 140, wo dem Gläubiger die Wahl gegeben wird. Auch Dernburg und Windscheid a. a. O. geben wenigstens unter Umständen dem Gläubiger die Wahl, während Eisele, Compensation S. 367 schlechthin die Prävention entscheiden lässt. Vergl. übrigens auch Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht I. § 94. bei not. 73 u. 74.

sächlich den Zweck verfolgen, zu zeigen, wie und inwiefern die nach Vorstehendem in der l. 82 ad leg. Falcid. enthaltenen Gedanken wohl auch bei der gerichtlichen Compensation für jene oben erwähnten Fragen verwendbar sein würden.

Es versteht sich von selbst, dass bei einer vollständigen Erörterung jener Fragen auch processuale Rechtssätze in Betracht zu ziehen sein würden; diese mögliche processuale Seite der Sache muss hier ausser Betrachtung gelassen werden.

Und ebenso ist es gewiss, dass, wenn auf der einen oder der anderen Seite mehrere Forderungen vorhanden sind oder gar auf beiden Seiten sich mehrere Forderungen und Gegenforderungen gegenüberstehen, das Verhältniss sich so gestalten kann, sei es wegen Connexität, sei es auf Grund eines Vertrags[1]), dass alicui petitioni specialiter destinata est compensatio (l. 13 Dig. de comp. 16. 2), dass also gewisse Forderungen und Gegenforderungen dergestalt auf einander angewiesen sind, dass zunächst nur zwischen ihnen die Compensation Platz greift. Auch für das Vorkommen solcher Verhältnisse genügt hier ein blosser Hinweis.

Ziehen wir jetzt für unseren Zweck speciell die in der l. 82 ad leg. Falcid. getroffene Entscheidung in Betracht. Dieselbe beruht einmal auf dem Gedanken, dass es für den Schuldner, welcher theilweise Liberirung von seiner Schuld empfängt oder empfangen soll, juristisch gleichwerthig ist, von welchem Theile seiner Schuld er befreit wird, auch wenn für ihn ein thatsächliches Interesse vorliegen kann, dass er lieber von diesem als von jenem Theile seiner Schuld Befreiung erhalte (s. oben S. 43 und 62).

Sodann: In dem Falle der l. 82 ad leg. Falcid. ist es der Liberationslegatar, welcher die Aufrechnung zu seinen Ungunsten vornehmen bezw. sich gefallen lassen muss; d. h. eine Person, welche blos einen Anspruch auf Liberation hat.

Wie verhält es sich nun hiermit bei der gewöhnlichen Com-

---

[1]) Auf die Beobachtung des Vorkommens solcher Verhältnisse gründet die herrschende Ansicht die Ausnahmen, welche sie von ihrer Regel, dass die Replik der Compensation unstatthaft sei, zuzulassen pflegt (s. Anm. zu S. 64).

pensation? Wenn hier der Schuldner dem ihn verklagenden Gläubiger die Einrede der Compensation entgegenstellt, so macht er Gebrauch von einem ihm gegenüber dem Gläubiger gesetzlich zustehenden Rechte. Statt seine Schuld durch baare Zahlung seinerseits zu tilgen, verlangt er, dass ihm auf einem anderen Wege, nämlich dem der Compensation, Befreiung von seiner Schuld zu Theil werde. Der Schuldner, welcher sein Recht auf Compensation gegen den Gläubiger geltend macht, sagt zu letzterem und muss zu ihm sagen: Ich habe meinerseits eine Gegenforderung gegen dich von dieser oder jener Höhe; diese bin ich bereit aufzugeben; dafür habe ich aber das Recht, zu verlangen, dass ich in entsprechender Höhe Befreiung von deiner Forderung gegen mich erlange. Wenn nun auch der Gläubiger sich einem wirklich begründeten Compensationsverlangen wirksam nicht entziehen kann — wenn ihm insofern die Pflicht obliegt, auf die Compensation einzugehen, und falls er dies nicht thut, die durch die Compensationseinrede verlangte Tilgung der Schuld durch den Ausspruch des Gerichts vollzogen wird, so folgt doch daraus nichts weiter, als dass der Beklagte seinen Anspruch auf compensationsmässige Befreiung bis zur Höhe seiner als begründet anerkannten Compensationsposten durchsetzen kann. Wenn aber der Gläubiger mehrere Forderungen gegen den Schuldner hat oder eine grössere Forderung, deren Betrag denjenigen der Gegenforderung des Schuldners übersteigt, so kann der Schuldner, welcher gegen den Gläubiger ein Recht auf compensationsmässige Befreiung geltend macht, nicht wider Willen des Gläubigers bestimmen, von welchen der mehreren oder von welchem Theile der einen Forderung des Gläubigers der Schuldner liberirt sein soll. Denn für den Schuldner, wenn er nur von seiner Schuld im vollen Betrage liberirt wird, ist es juristisch gleichgiltig, welche Forderung oder welcher Theil seiner Forderung bei dem Gläubiger zurückbleibt. Da es nun der Schuldner ist, welcher durch das Geltendmachen seines Compensationsrechts einen eigenthümlich gestalteten Liberationsanspruch erhebt, so muss es nach allgemeinen Grundsätzen dem Gläubiger freistehen, in welcher Weise er diesem Anspruche Genüge leistet, ob durch Aufgabe dieses oder jenes Theiles seiner Forderung, voraus-

gesetzt nur, dass jenem Anspruche des Schuldners völlig Genüge gethan wird.

Wenn eine weitverbreitete Meinung dem Schuldner schlechthin das Wahlrecht zuschreibt und sich dafür insbesondere auf die l. 5 Dig. de comp. 16. 2. zu stützen pflegt, so ist freilich soviel unzweifelhaft, dass gemäss dieser lex dem Schuldner ein Wahlrecht in gewissem Sinne zusteht. Wenn nämlich ein Schuldner mehrere Gegenforderungen hat, so steht es in seiner Hand, ob er die eine oder die andere oder alle zur Compensation bringen will, gerade so wie es ihm auf der anderen Seite freisteht, von der Compensation völlig abzusehen. Aber dieses Wahlrecht des Schuldners ist selbstverständlich ein ganz anderes, als dasjenige, um welches es sich hier handelt, nämlich ob der Schuldner bestimmen könne, auf welche der Forderungen des Klägers seine Gegenforderungen aufgerechnet werden müssten.

Stehen sich Forderungen und Gegenforderungen in gleicher Höhe gegenüber, so hat die ganze Anrechnungsfrage materiellrechtlich im Grunde keine Bedeutung. Denn dann können die sämmtlichen Forderungen und Gegenforderungen durch Compensation vollständig zur Aufhebung gebracht werden. In diesem Falle kann es sich blos fragen, wenn etwa der Kläger vorerst nur einen Theil seiner Forderung oder eine seiner Forderungen eingeklagt hat und der Beklagte will in einer dem Kläger nicht genehmen Weise compensiren, ob dem Kläger eine replicatio compensationis eingeräumt werden soll oder ob er wegen des nicht eingeklagten Restes besonders klagen muss. Das ist aber von der hier vertretenen Auffassung aus eine rein processrechtliche Frage; materiellrechtlich würde von meinem Standpuncte aus dem Kläger die sogen. Compensationsreplik zuzugestehen sein, natürlich auch dem Beklagten eine Compensationsduplik bis zum Schlusse des Verfahrens; d. h. letzterer würde seine etwa noch nicht vorgebrachten Gegenforderungen auch noch zur Compensation stellen können. Hat der Kläger mehr zu fordern, als die Gegenforderung des Beklagten beträgt, so kann er von vornherein cum compensatione klagen, wird aber dann die gesammten Compensationsposten des Beklagten zu berücksichtigen haben; denn sonst kann der Beklagte noch den vom Kläger nicht berücksichtigten Theil seiner Gegenforderungen

zur Compensation stellen. Hat der Kläger nur einen Theil seiner Forderung eingeklagt und der Beklagte setzt in quantum Compensation entgegen, so wird materiellrechtlich auch hier dem Kläger die replicatio compensationis einzuräumen sein[1]). Will er nicht repliciren oder hat er überhaupt bis zum Urtheil nicht replicirt, so wird dann freilich durch die Rechtskraft des Urtheils festgestellt, dass auf den eingeklagten Theil compensirt ist.

Sollte der Beklagte mehr vom Kläger zu fordern haben, als dieser vom Beklagten, so wird sich allerdings vi ipsa die Sache so stellen, dass der Beklagte die Wahl hat und schliesslich bestimmen kann, mit welchem Theile seiner grösseren Gegenforderung aufgerechnet werden soll. Denn hier hat ja der Kläger keine wirksame Compensationsreplik, da der Beklagte seine gesammte grössere Gegenforderung zur Compensation stellen kann[2]) und daher schliesslich immer ein Rest zu Gunsten des Beklagten bleibt.

Wollte man auch hier dem Kläger die Wahl geben, so könnte dies nur in dem Sinne geschehen, dass der Kläger zu bestimmen hätte, welcher Theil seiner grösseren Gegenforderung dem Beklagten übrig bleiben solle. Damit würde man aber gerade mit dem Sinne der hier vertretenen Auffassung in Widerspruch treten und den Beklagten schlechter stellen, als wenn er als Kläger aufgetreten wäre. Denn letzterenfalls würde er freilich genöthigt gewesen sein, die geringere Forderung seines Gegners voll als Compensationspost anzuerkennen, aber er würde nicht genöthigt gewesen sein, sich von seinem Gegner, dem Inhaber der geringeren Forderung, vorschreiben zu lassen, auf welchen Theil seiner grösseren Forderung er die kleinere des Gegners sich anrechnen lassen müsse.

Ganz anders verhält sich alles dieses bei der Imputation der Zahlung. Denn hier macht der Schuldner nicht einen An-

[1]) So auch, wie oben S. 63 bemerkt, neuerdings das Reichsgericht, Entscheidungen B. XIII. S. 175. Fraglich ist mir, ob mit dieser Entscheidung die in demselben Bande S. 376 enthaltene allenthalben übereinstimmt.

[2]) Fall von § 293 Abs. 2 der R. C.-Proc.-Ordn. Näheres gehört nicht hierher. Ueber die Streitigkeiten in Betreff von Absatz 2 cit. und die diesfallsige Literatur s. L. Seuffert, Civilprocessordnung für das deutsche Reich 3. Aufl. S. 370.

spruch auf Befreiung geltend, er verschafft sie sich selbst, die Zahlung geht von ihm aus und daher kann er primo loco bestimmen, worauf sie verrechnet werden soll. Auch ist gerade für den Fall der Theilcompensation zu beachten, dass der Gläubiger Theilzahlungen nicht anzunehmen braucht, dagegen der theilweisen Aufhebung seiner Forderung durch Compensation nicht auszuweichen vermag.

Darüber, dass die Grundsätze über die Imputation bei der Zahlung nicht analog auf die Compensation anzuwenden sind, ist jetzt auch die gemeinrechtliche Theorie und Praxis ziemlich einig,

vergl. die Literatur bei Windscheid II § 349. not. 25 und insbesondere Dernburg, Compensation S. 551 ff.

wenn auch die modernen Gesetzgebungen für die Compensation vielfach auf die Regeln über die Zahlungsimputation verweisen.

Pr. Landr. I. 16 § 375. Cod. civ. Art. 1297 jct. 1256 Sächs. bürg. Gesetzbuch § 993.

Dagegen bei denjenigen Fällen des secum pensare, bei welchen der Gläubiger einen von ihm gemachten Erwerb auf seine Forderung zu compensiren hat, also speciell bei der Compensation des einhebenden Forderungspfandgläubigers ist die Anwendung des der l. 82 ad leg. Falc. unterliegenden Princips durchaus entsprechend. Der Pfandgläubiger hat zu bestimmen, auf welchen Theil seiner Forderung, den besser oder den schlechter gedeckten, er abrechnen will, wenn das Eingehobene nicht zur vollen Deckung reicht. Dies ist ganz consequent, wenn man beachtet, dass der Pfandschuldner es ist, welcher durch das secum pensare befreit wird und einen Anspruch gegen den Pfandgläubiger hat, ihn auf diesem Wege zu liberiren, und dass es andererseits für den Pfandschuldner gleichwerthig ist, von welchem Theile seiner Schuld er befreit wird. Demnach ist die nächstliegende Analogie für die Anrechnung beim secum pensare und, wie ich meine, für das Anrechnen bei der Compensation überhaupt nicht in den Regeln über die Imputation bei der Zahlung, sondern in denen über die Verrechnung des Pfanderlöses zu suchen, bei welcher ebenfalls principiell der Gläubiger die Wahl hat.

V.

l. 38 Dig. de jur. dot. 23. 3. Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinum.

Sane videndum est, an marito mulier, quae iussit accepto ferri, obligetur. et putem obligari mandati actione et hoc ipsum in dotem converti, quod mulier mandati iudicio obligata est. et quod dicitur rem mulieri perire, consequens est: nam si coeperit velle de dote agere, **ipsa secum debebit compensare** iussum suum [1]).

Dieses Fragment ist an die letzte Stelle gesetzt worden, weil das in ihm erwähnte secum compensare schon der gebrauchten Ausdrucksweise nach: jussum suum secum compensare am nächsten verwandt erscheint mit der gewöhnlichen Compensation, dergestalt dass Bechmann, Dotalrecht S. 411 hier nur eine Compensationseinrede erblickt, welche ganz unter den gewöhnlichen Voraussetzungen der actio rei uxoriae gegenüber stattfinde. Aehnlich spricht Dernburg, Compensation S. 157 in Note 2 von einer exceptio doli, welche hier zum Zwecke der Compensation materiell der actio rei uxoriae entgegentrete.

Der Fall, auf welchen sich die in l. 38 cit. gegebene Erörterung bezieht, ist aus der vorangehenden, aus demselben Werke Ulpians, dem 48. Buche des Sabinuscommentars entnommenen und nur in der Compilation durch die eingeschobene lex 37 von ihr getrennten lex 36 de jure dotium zu ergänzen.

Er ist folgender:

Eine Frau hat ihrem Manne durch Delegation ihres Schuldners eine dos bestellt. Nachgehends während des Bestehens der Ehe hat der Mann auf ferneren jussus der Frau dem delegirten Schuldner acceptoferirt. Damit ist die Forderung gegen den letzteren, welche ursprünglich Inhalt der dos war, untergegangen.

Ueber die Folgen dieser Acceptilation spricht sich nun

---

[1]) Zur Interpretation vergl. Basil. XXIX. 1. 34 (Heimb. III p. 373 ff.), Bechmann, Dotalrecht II. 251. 331. 411, Czyhlarz, Dotalrecht S. 261. not. 23., Salpius, Novation und Delegation S. 42 und 65., Dernburg, Compensation S. 157. not. 2., Drechsel, die actio quod jussu S. 48 ff.

Ulpian folgendermassen aus. Was die Frau betrifft: res mulieri peribit, die Frau hat ihre ursprüngliche Forderung gegen den von ihr dem Manne dotis causa delegirten Schuldner schon mit Abschliessung der Ehe definitiv verloren,

l. 37 l. 80 Dig. de jur. dot. 23. 3.

den Mann aber, welcher auf ihr Geheiss jenem Schuldner acceptoferirt hat, kann sie für den Verlust der in dote gewesenen Forderung nicht verantwortlich machen. Insofern ist es hier die Frau, welche die Gefahr der dos trägt.

Wie steht es aber mit dem Manne? Verliert dieser die ihm zur dos gegeben gewesene, von ihm acceptilirte Forderung ohne allen Ersatz? Ulpian verneint es, wenn auch nicht ohne Zweifel: Et putem obligari (mulierem marito) mandati actione. Er nimmt also an, hier liege in dem jussus der Frau zur Acceptilation zugleich ein Mandat, wodurch die Frau dem Manne sich verpflichtet habe, den Schaden, welcher letzterem durch die auf ihr Geheiss erfolgte Acceptilation und den dadurch herbeigeführten Untergang der in dote befindlichen Forderung zugehe, zu ersetzen.

Hierbei findet sich nun bei den Schriftstellern, welche sich mit unserer l. 38 beschäftigt haben, eine Differenz. Die Mehrzahl derselben spricht sich dahin aus, dass jene actio mandati contraria des Mannes gegen die Frau anstatt der aufgehobenen Dotalpromission nunmehr Dotalbestandtheil und selbst dotal sei, also eine Conversion der ursprünglichen dos stattgefunden habe.

Bechmann-Dotalrecht II S. 251 in Note 2 erklärt eine solche Conversion für undenkbar und fasst jene actio mandati des Mannes gegen die Frau als eine demselben ausserhalb der dos gegen sie zustehende gewöhnliche Forderung auf. Das ist von Bedeutung insofern, als Bechmann, wie aus seinen Aeusserungen a. a. O. und S. 411 erhellt, dadurch zu der Meinung geführt wird, dass die acceptilirte Forderung an und für sich in dote verbleibe, gerade wie wenn der Mann aus freien Stücken, ohne Geheiss der Frau acceptilirt hätte, bei Auflösung der Ehe also der Dotalanspruch der Frau auf den Betrag jener Forderung gehe und der Mann dagegen nur mit seiner Gegenforderung ex mandato in gewöhnlicher Weise compensiren

könne, blos dass diese Compensation durch die Rücksicht auf das aequius melius der Formel modificirt sei; d. h. der Richter sie schon kraft seines officium auch ohne exceptio zu berücksichtigen habe.

Bechmann, Dotalrecht II S. 331 not. 3 am Ende.

Gegen die Bechmann'sche Auffassung spricht: Eine solche Conversion ist keineswegs undenkbar; denn durch den hier als Mandatsvertrag zwischen den Ehegatten wirkenden jussus mulieris tritt keine Minderung der dos ein, sondern nur eine Veränderung ihres Gegenstandes. An die Stelle der bisherigen Forderung gegen den delegirten Schuldner tritt eine gleich hohe Forderung gegen die Frau selbst. Ferner sagt Ulpian ausdrücklich, dass hoc ipsum in dotem convertirt werde, quod mulier mandati actione obligata est; und entscheidend ist, dass, wenn man sich denkt, dass die Frau während stehender Ehe ihre Mandatsobligation erfüllt, das Gezahlte dotal wird und bei Auflösung der Ehe von der Frau ohne Zweifel mit der actio rei uxoriae zurückgefordert werden kann.

Dernburg, Compensation S. 157 not. 2.

Basilica XXIX. 1. 34 edid. Heimbach tom. III. p. 374.

Wenn wir also mit der Mehrzahl der oben citirten Schriftsteller den Mandatsanspruch des Mannes gegen die Frau als Bestandtheil der dos zu denken haben, so steht die Sache zunächst während stehender Ehe so, wie sie in der oben besprochenen l. 33 Dig. solut. matrim. 24. 3. von Anfang an stand. Inhalt der dos ist nun eine Forderung des Mannes gegen die Frau selbst geworden.

Wie verhält es sich nun aber, wenn die Ehe sich auflöst, ohne dass die Frau ihre Mandatsschuld an den Mann bezahlt hat?

Auch in l. 38 haben wir es wieder zu thun mit einer dos adventicia, welche nach classischem Recht bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau dem Manne verblieb. Daraus folgt: Wäre die Frau gestorben, so würde der Mann seine actio mandati contraria gegen die Erben der Frau wirksam haben durchführen können, wäre der Mann selbst Erbe der verstorbenen Frau geworden, so würde wie in l. 33 solut. matrim. seine actio mandati durch Confusion untergegangen

sein, er sich aber für die ihm gebührende dos adventicia gerade dadurch als befriedigt haben erachten müssen (s. oben S. 43. 44.).

In unserer l. 38 aber liegt der Fall anders. Die Frau lebt bei Auflösung der Ehe, und dann fällt nach classischem wie nach Justinianischem Recht auch die dos adventicia an die Frau selbst. Die Frau hat also nun gegen den Mann die actio de dote auf Herausgabe der dos, der Mann seinerseits immer noch die actio mandati wegen der von der Frau während der Ehe nicht ausgezahlten Mandatsobligation. Denn durch die Auflösung der Ehe geht letztere noch keineswegs zu Grunde. Allerdings aber bewirkt die Auflösung der Ehe, dass jene Mandatsforderung des Mannes gegenüber der überlebenden Frau nicht mehr wirksam durchgesetzt werden kann, dass die Frau also liberirt ist, zwar nicht ipso jure, wohl aber ratione doli exceptionis. Angenommen, es wäre eine Stipulationsforderung des Mannes gegen die Frau in dote und der Mann wollte nach Auflösung der Ehe gegen die Frau mit der ihm ipso jure noch zustehenden Stipulationsklage auf die promittirte Summe klagen, so würde er mit der exceptio doli zurückgewiesen werden auf den Grund hin, dass dolo facit, qui petit quod redditurus est,

> l. 8 pr. Dig. de dol. mal. exc. 44. 4. l. 173 § 3 Dig. de reg. jur. 50. 17.

weil er, was er mit dieser Klage jetzt von der Frau ausgezahlt erhielte, derselben auf die actio de dote hin doch alsbald wieder zurückgeben müsste.

Und wenn in unserem Falle der Mann mit der actio mandati einklagen wollte, was ihm die Frau ex mandato noch bis zuletzt schuldig war, so würde er mit seiner Klage aus demselben Grunde nicht durchdringen, obwohl es hier wegen der bonae fidei Natur der actio mandati der Inscenirung einer förmlichen exceptio doli nicht bedurft haben würde.

Auf einer eigentlichen Compensation würde aber die Abweisung des Mannes niemals beruhen, vielmehr liegt hier einer derjenigen Fälle vor, welche von Dernburg, Compensation S. 198 zu l. 8 Dig. de dol. mal. excep. 44. 4. sehr gut dahin characterisirt werden, dass sich zwei Ansprüche in der

Art kreuzen, dass die Leistung von der einen Seite den auf Rückgabe gerichteten Anspruch erst erzeugen würde.

Der uns hier beschäftigende Anwendungsfall der exceptio doli auf den Grund hin, dass Jemand petit, quod redditurus est, lässt sich mit Dernburg, Compensation S. 198 allgemeiner dahin ausdrücken, dass ein Ehemann, welcher nach beendigter Ehe die Auszahlung der versprochenen dos von solchen Personen fordert, denen er das Eingenommene in Folge der Auflösung der Ehe wieder restituiren müsste, mit seiner Klage eben von jenem Gesichtspuncte aus zurückgewiesen werden wird.

Arg. ex leg. 44 § 1 Dig. solut. matr. 24. 3.

Das ist aber keine Compensation im gewöhnlichen Sinne zwischen wirksamen, gleichartigen und fälligen Ansprüchen; solche existiren gar nicht, vielmehr würde erst durch Erfüllung des vom Manne erhobenen Anspruches auf Auszahlung der versprochenen dos ein Anspruch der Frau auf Rückgabe des Geleisteten entstehen, und es ist natürlich und billig, dass durch Gewährung der exceptio doli das unnöthige Hin- und Herzahlen erspart und der Mann abgewiesen wird, nicht weil ihm eine compensable Gegenforderung der Frau entgegenstände, sondern weil er doch zurückzahlen müsste, was er jetzt erhielte.

Ein anderer Anwendungsfall der Regel, dass dolo petit, quod quis redditurus est, ist enthalten in l. 8 § 5 fin. Dig. mand. 17. 1.

> Sed et haec actio (venditi) inutilis est, quia quantum fuerit consecutus (venditor), tantum empti judicio necesse habebit praestare.

Er ist deshalb interessant, weil er die Anwendung der Regel in einem bonae fidei judicium, nämlich gegenüber der actio venditi aufzeigt, wo es also nicht der Inserirung einer förmlichen exceptio doli bedurfte, sondern der judex kraft seines officium den Einwand zu berücksichtigen und den Kläger abzuweisen hatte.

Der Satz: dolo facit, qui petit quod redditurus est: wird bekanntlich vielfach geradezu als Grundprincip der Compensation angesehen, so von

Dernburg, Compensation S. [illegible] Windscheid

Pandecten II. § 349. not. 3, vgl. auch Arndts, Lehrbuch der Pandecten § 264. Anm. 4.,

was denn für die von diesen Schriftstellern schon der blossen Compensabilität zugeschriebene Wirkung von Bedeutung ist.

Bedenken gegen die directe Beziehung jener Regel auf die Compensation haben namentlich erhoben

Brinz, Compensation S. 48, Ubbelohde, über den Satz: ipso jure compensatur S. 222 ff., Eisele, Compensation S. 97. 232 not. 24. Wider das von Arndts a. a. O. gegen Brinz Bemerkte siehe l. 7 § 5 und 7 Dig. de lib. leg. 34. 3.

Nach dem oben Ausgeführten ist jedenfalls das directe Anwendungsgebiet der obigen Regel ein anderes als das der eigentlichen Compensation, und während das in l. 8 § 1 Dig. de dol. mal. except. 44. 4. an die Regel angeschlossene einzige Beispiel vom Standpuncte derjenigen aus, welche dieselbe direct auf die Compensation beziehen, entschieden Schwierigkeiten macht,

Dernburg, Compensation S. 198 not. 2.

ordnet sich dasselbe ohne allen Zwang in das derselben nach unserer Auffassung zunächst zukommende Gebiet ein.

Die erwähnte l. 8 § 1 de dol. mal. exc. lautet:

Sic, si heres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento.

Ist einem Schuldner ein Liberationslegat hinterlassen, so wird die Forderung des Testators gegen den Schuldner nach Römischem Recht nicht ipso jure aufgehoben, vielmehr erlangt derselbe nur eine exceptio doli.

Denn wollte man ihm diese gegen die an sich begründete Forderungsklage des Erben versagen und ihn zur Zahlung der Schuld an den Erben zwingen, so würde er doch sofort das Gezahlte mit der actio ex testamento wieder zurück verlangen können, wie er dies kann, wenn der Erbe vor dem dies legati veniens die Schuld von ihm eingetrieben hat.

l. 7 § 5 und 7 Dig. de lib. leg. 34. 3.

Die neben der exceptio doli in l. 8 § 1 de dol. mal. exc. erwähnte actio ex testamento geht daher einfach auf formale Befreiung von der Schuld, deren Liberation legirt ist, speciell mittelst Acceptilation

l. 3 § 3 l. 5 l. 22 Dig. de lib. leg. 34. 3.

gerade, wie die Frau, welche bis zur Auflösung der Ehe die promittirte dos dem Manne nicht ausgezahlt hat, neben der obigen exceptio doli gegen die Stipulationsklage des Mannes noch die actio de dote, aber blos auf Acceptilation hat[1]).

l. 30 § 1 Dig. sol. matr. 24. 3. l. 38 § 1 de pecul. 15. 1. l. 41 § 4 Dig. de jur. dot. 23. 3.

Wir haben bis jetzt den der l. 38 de jur. dot. unterliegenden Fall betrachtet vom Standpuncte des Ehemannes aus und gesehen, dass seine an sich fortbestehende Forderung gegen die Frau aus Promission oder Mandat mit dem Augenblicke der Auflösung der Ehe ratione doli exceptionis[2]) wirkungslos wird.

Wie stellt sich aber das Verhältniss mit Auflösung der Ehe vom Standpuncte der überlebenden Frau aus? Diese Frage ist es, mit welcher sich Ulpian am Schlusse der l. 38 de jur. dot. beschäftigt. Ueber das schliessliche Ergebniss ist kein Zweifel.

Wenn die Frau nach Auflösung der Ehe die actio de dote gegen den Mann auf Restitution ihrer dos anstellt, so wird dennoch auch in diesem Falle res mulieri perire; d. h. die Frau erhält keineswegs den Betrag der von ihr ursprünglich durch die Delegation ihres Schuldners bestellten dos zurück, sie erlangt durch die Dotalklage keinerlei materielle Herausgabe, sondern soweit sie dem Manne bei Auflösung der Ehe noch ex mandato schuldig ist, wird die Dotalklage einfach abgewiesen; nicht einmal zur formellen Liberation durch Acceptilation wird der Mann angehalten. Denn sein Anspruch gegen die Frau beruht im Falle der l. 38 nicht auf einer Verbalobligation, welche durch Acceptilation getilgt werden könnte, sondern ist ein Mandatsanspruch, gegen welchen die Frau schon hinlänglich ratione doli exceptionis geschützt ist.

Wie aber wird diese Entscheidung von Ulpian motivirt?

---

[1]) Diese Klagen auf Liberation sind namentlich dienlich, wenn der Erbe oder der Ehemann seinerseits nicht klagt, also zu einer Opponirung der exceptio doli keine Gelegenheit ist. l. 3 § 3 Dig. de lib. leg. 34. 3. l. 38 § 1 Dig. de pecul. 15. 1.

[2]) Der Ausdruck ist gewählt nach Analogie von l. 50 § 1 Dig. hered. pet. 5. 3. l. 67 § 3 Dig. de leg. II. l. 12 Dig. ad leg. Falc. 35. 2.

Nam si coeperit velle de dote agere, ipsa secum debebit compensare jussum suum.

Man könnte dem gewählten Ausdrucke nach zu der Auffassung geneigt sein, die mit der actio de dote klagende Frau habe auf ihre Restitutionsforderung ihre Schuld ex mandato aufzurechnen, letztere sei eine Gegenforderung, mit welcher in ganz gewöhnlicher Weise compensirt werde. Bei genauerem Zusehen ergibt sich aber, dass das nicht wohl möglich ist; denn diese Gegenforderung ex mandato ist ja der Frau gegenüber schon mit dem Moment der Auflösung der Ehe, in welchem ihre actio de dote zur Entstehung kommt, wirkungslos geworden, da ihr die oben erörterte exceptio doli entgegensteht; die Frau ist also materiell von derselben liberirt. Indem daher die Frau jussum suum secum compensiren soll, ist es nicht eine aus diesem jussus jetzt noch wirksam bestehende Gegenforderung des Mannes, welche sie sich aufzurechnen hat, sondern die mit der Auflösung der Ehe schon herbeigeführte Liberirung von ihrer Mandatsschuld; also die Bedeutung des secum compensare ist auch hier wieder die, dass die Frau diese ihre Liberirung anzusehen hat als einen Erwerb, durch welchen sie sich für ihren Anspruch auf Rückgabe der dos als voll befriedigt betrachten muss.

Die l. 38 de jur. dot. ist wohl die einzige unter den von uns erörterten Stellen, aus welcher sich mit einiger Sicherheit erkennen lässt, wie der processualische Vorgang in Betreff des in ihr erwähnten secum compensare sich gestaltet haben wird. Nehmen wir unter Herbeiziehung des in den Basiliken (Heimbach III p. 374) aufgestellten Beispiels an, die Frau habe ihrem Manne 300, davon 200 baar und 100 in einer Forderung gegen den delegirten Schuldner, welchem nachgehends der Mann jussu mulieris acceptoferirte, zur dos bestellt. Jetzt nach Auflösung der Ehe beabsichtigt sie, die actio rei uxoriae auf Rückgabe der dos anzustellen. Zwar wird ihr auch in unserem Falle die gewöhnliche Formel der actio rei uxoriae auf dotem reddere[1]) vom Praetor gegeben worden sein, aber sowie die jussu mulieris geschehene Acceptilation der Forderung der

[1]) Ueber die Formel der actio rei uxoriae vergleiche jetzt insbesondere Lenel, edictum perpetuum S. 242, 243 und die daselbst S. 242 not. 12 Angeführten.

100 im judicium zur Sprache kam, wird der judex gemäss der ihm durch das aequius melius der Formel verliehenen freien Befugniss nur auf die 200, welche wirklich zur dos gegeben waren, den Mann verurtheilt, den Anspruch der Frau in Betreff der Forderung der 100 aber definitiv und völlig zurückgewiesen haben. Und nehmen wir an, dass die Frau nur jene Forderung der 100 als dos bestellt gehabt hätte und die Bewandniss, welche es mit der Acceptilation derselben hatte, schon in jure festgestellt worden wäre, so dürfte kein Zweifel sein, dass schon der Praetor der Frau die actio de dote von vornherein denegirt hätte. Bei einer actio rei uxoriae wäre eine plus petitio wegen jener Forderung mit der Folge des causa cadere nicht möglich gewesen; wenn wir uns aber denken, dass sich die Frau vom Manne die Rückgabe, in unserem Beispiele der zur dos bestellten gesammten 300, durch Stipulation hätte versprechen lassen und dass sie nach Auflösung der Ehe diese 300 voll eingeklagt hätte, so würde schwerlich daran zu zweifeln sein, dass sie wegen des unterlassenen secum compensare einer plus petitio sich schuldig gemacht hätte, und wir würden hier, wenn auch nicht für die gewöhnliche Compensation, so doch für die besondere Art des secum compensare debere einen Fall vor uns haben, in welchem auch nach dem bekannten Rescript Marc Aurels die Compensation nicht durch exceptio doli vermittelt wurde, sondern der Kläger die Folgen der plus petitio auf sich zog, wenn er nicht seinerseits compensirte.

Ein ähnlicher Gedanke scheint Brinz, Krit. Vierteljahrsschrift B. XIX S. 341 geleitet zu haben, wenn er das secum pensare der l. 18 pr. Dig. de pign. act. 13. 7. und der l. 13 § 2 Dig. de pign. et hyp. 20. 1. mit einer noch zur Zeit des Paulus vorkommenden Sachfälligkeit des Klägers wegen unterlassener Compensation in Verbindung bringt.

VI.

Was in der juristischen Literatur, so weit ich habe sehen können, über das „secum pensare“ bezw. „secum compensare“ gesagt worden ist, bezieht sich fast ausschliesslich auf den von uns erstbehandelten Fall des secum pensare beim Forderungs-

pfandrecht. Dessenungeachtet sind die Ansichten über die Natur schon dieses secum pensare ausserordentlich verschieden.

Vielfach wird gelehrt, dass die Tilgung der Pfandforderung in diesem Falle auf eine Zahlung zurückgeführt werden müsse. Brinz, Compensation S. 137 nimmt eigentliche solutio an, Dernburg, Compensation, 2. Aufl. S. 359 not. 2 und Hellwig, die Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 176 und 177 not. 360 eine Selbstzahlung, welche der Forderungspfandgläubiger berechtigt ist vorzunehmen bezw. welche er vornehmen muss[1]).

Andere fassen unsere Art der Compensation als eine datio in solutum auf.

> Krug, die Lehre von der Compensation S. 98 not. 195, auch Dernburg a. a. O. characterisirt die von ihm angenommene Selbstzahlung des Pfandgläubigers als ein Nehmen an Zahlungsstatt.

Vielfach wird der fragliche rechtliche Vorgang als Compensation, Aufrechnung oder Abrechnung bezeichnet.

> Bachofen, das Römische Pfandrecht S. 604, Vangerow, Lehrbuch der Pandecten I. § 368 Anm. 1 sub 2, Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung S. 42, wohl auch Brinz, Lehrbuch der Pandecten, 2. Aufl. § 353 not. 31, bei welchem letzteren allerdings zunächst nur vom Pfanderlös die Rede ist, Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 46 und S. 163 not. 301.

In den Lehrbüchern ist meist davon die Rede, dass der Pfandgläubiger sich aus dem Eingehobenen bezahlt mache oder sich daraus befriedige, die Zahlung zum Zweck der Befriedigung erwirke.

> Puchta, Pandecten § 208. Arndts, Lehrbuch der Pandecten § 382 vor f. Sintenis, das gemeine Civilrecht I. § 70 nach not 24. Wächter, Pandecten II. S. 519 und S. 515. 4. Seuffert, Pract. Pandectenrecht § 207 not. 2 und 4.

---

[1]) Siehe auch Cujacius tract. VII ad Africanum zu l. 33 Dig. solut. matrim. I. p. 1221: dicitur pro compensatione vel pro solutione cedere (confusio) . . . sibi solvere heres videtur.

Windscheid (Pandecten § 239 not. 11) sagt: Der Pfandgläubiger kann das eingezogene Geld zu seiner Befriedigung verwenden, bemerkt § 239 not. 16 jedoch ausdrücklich, dass hier eine directe Befriedigung durch Empfang des Geschuldeten nicht vorliege, und stellt nach § 342 not. 27 verbunden mit § 237 not. 23 die Befriedigung zunächst aus dem Pfanderlös, jedenfalls aber auch die Befriedigung des Forderungspfandgläubigers mittelst Einhebung unter die Categorie der Erfüllung, bei welcher es nicht erforderlich ist, dass der Gläubiger gerade vom Schuldner selbst empfangen habe.

Dernburg in den Pandecten I. S. 700 sagt einfach: Das vom Drittschuldner eingetriebene Geld geht in das Eigenthum des Pfandgläubigers über und ist auf seine Forderung gegen den Verpfänder anzurechnen.

Meistens wird der tilgende Vorgang bei Einhebung einer verpfändeten Geldforderung vollständig gleichgestellt demjenigen, welcher stattfindet bei Zahlung des Pfanderlöses an den verkaufenden Pfandgläubiger;

so ausdrücklich von Pfaff, S. 27. 28, Sohm, subpignus S. 50, Hellwig, S. 176;

was dann dahin führt, dass in beiden Fällen gleichmässig bald noch ein gewisser Act der Aufrechnung erforderlich erscheint,

Exner, Kritik S. 46, vgl. auch Dernburg, Pfandrecht II. S. 205 not. 3. I. S. 468,

bald die Tilgung sogleich durch Erfüllung bezw. Selbstzahlung erfolgt.

Hellwig, Verpfändung S. 176, Seuffert, Pandectenrecht § 207 not. 4.

Endlich erweist sich als für die juristische Construction des Vorganges von Bedeutung auch die bekannte Meinungsdifferenz, ob an den als Pfanderlös vom Käufer der Pfandsache gezahlten oder vom Drittschuldner eingehobenen Geldstücken der empfangende Pfandgläubiger zunächst blos Pfandrecht und der Verpfänder Eigenthum erhält oder ob dieselben sofort ins Eigenthum des ersteren gelangen.

Die erstere Ansicht wird selbst für den Pfanderlös und um so mehr auch für das vom Forderungspfandgläubiger Eingehobene noch neuerdings vertreten von A. Schmid, Cession

I. S. 120, Pfaff, S. 22 ff., Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 170 ff. Dagegen sprechen sich aus Sohm, S. 49. 113 unten, Exner S. 40 in Betreff des Pfanderlöses und S. 163 in Betreff des vom Forderungspfandgläubiger eingehobenen Geldes, freilich mit einer gewissen Modification S. 163 not. 301. Neuestens haben sich Dernburg, Pandecten S. 700 und besonders energisch Hellwig S. 175 ff. für den Eigenthumsübergang des eingehobenen Geldes an den Forderungspfandgläubiger erklärt.

Ausführlicher haben sich über den Vorgang des secum pensare Seitens des Forderungspfandgläubigers ausgesprochen Schmid, Dernburg, Sohm, Exner, Pfaff, Hellwig.

Zunächst sind diejenigen Schriftsteller ins Auge zu fassen, welche das eingehobene Geld ins Pfandrecht des Pfandgläubigers fallen lassen.

Ganz eigenthümlich ist hier die Construction Schmid's. Nach ihm[1]) fällt das vom Pfandgläubiger eingezogene Geld der pfandrechtlich verkauften Pfandsache ebenso wie der Kaufpreis der verkauften Pfandsache ursprünglich nur in das Pfandrecht und den Pfandbesitz des Pfandgläubigers; sonst würde es nicht erst der Compensation bedürfen, um dem Pfandgläubiger dauerndes Haben desselben zu verschaffen. Denn die Compensation sei hier so zu denken, dass der Pfandgläubiger in Betreff der besessenen Geldstücke sein auf dem Pfandpactum beruhendes Pfandrecht gegen seine aus dem Pfandrealcontracte abfliessende Verbindlichkeit zur Rückgabe aufrechne und dadurch zugleich die Tilgung der pfandrechtlich gesicherten Schuldforderung herbeiführe.

Das Verkünstelte und Unklare dieser Construction springt in die Augen. Wie ist überhaupt eine Aufrechnung des Pfandrechts selbst gegen die Verbindlichkeit des Pfandgläubigers zur Rückgabe zu denken? Wie kann diese Verbindlichkeit zur Rückgabe schon existent sein, wenn die Tilgung der Forderung des Pfandgläubigers doch erst durch jene Aufrechnung herbeigeführt wird?

Bremer[2]), welcher ebenfalls annimmt, dass der Pfand-

[1]) Cession I. S. 120 ff. S. 222.

[2]) Das Pfandrecht und die Pfandobjecte bes. S. 170 ff.

gläubiger an dem in seine Hände gekommenen Gelde zunächst nur ein Pfandrecht hat, meint, dass derselbe doch gerade auf Grund dieses Pfandrechts befugt sei, sich das Geld nun ohne weiteres bis zum Betrage der pfandrechtlich gesicherten Forderung anzueignen. Diese Aneignung werde in der Regel sofort bei der Empfangnahme geschehen, so dass zwei verschiedene Vorgänge, die juristisch wohl aus einander zu halten seien, thatsächlich in einen Zeitmoment zusammenfielen. Es sei diese Aneignung des Geldes, welche die Quellen als ein Compensiren bezeichneten.

Unerklärt bleibt hierbei, wie diese Aneignung des Geldes als ein Compensiren bezeichnet werden kann und welcher Art dieses Compensiren sein soll. Dass die Quellen von einem secum pensare sprechen, wird von Bremer gar nicht erwähnt. Nimmt man die bekannte Verwandlungstheorie Bremer's einmal an, so lässt sich allerdings nicht leugnen, dass die Bremer'sche Construction juristisch möglich ist. Nur ist dann dasjenige Moment, wodurch die Forderung des Pfandgläubigers gegen den Pfandschuldner getilgt wird, keinerlei Compensation, sondern einfach Selbstzahlung, wie dies Bremer selbst S. 67 unten deutlich zu erkennen gibt. Die Selbstzahlung, das sibi solvere ist den Quellen aber sehr wohl bekannt und wird in ihnen sehr viel häufiger erwähnt als das secum pensare; es lässt sich daher nicht absehen, warum in unserem Falle constant von diesem und nicht von einem sibi solvere des Pfandgläubigers gesprochen wird. Meines Erachtens erklärt es sich daraus, dass im wirklichen Leben eine solche Selbstzahlung durch Aneignung, wozu es eines distincten Willensactes bedürfen würde, nicht vorkommt, weil der einhebende Pfandgläubiger sich schwerlich je bewusst sein wird, dass er — wie die Bremer'sche Theorie will — durch die Vereinnahmung zunächst nur Pfandrecht und noch kein Eigenthum an den vereinnahmten Geldstücken erlangt hat.

Pfaff stimmt, was insbesondere das Forderungspfandrecht betrifft, durchaus mit Bremer, dessen Verwandlungstheorie er adoptirt hat, überein und hebt nur noch bestimmter hervor, einmal dass die Aneignung des Geldes zum Eigenthum Ausübung des nun entstandenen Pfandrechts an dem eingenommenen Gelde

sei, und sodann, dass in dieser Aneignung eine Selbstzahlung des Pfandgläubigers vorliege[1]). Wie Pfaff die oft erwähnten pfandrechtlichen Stellen über das secum pensare bei seiner bekannten Construction der Geldcaution als Verpfändung eines gegen den Pfandgläubiger selbst gerichteten Forderungsrechts verwendet, wird später noch zu erörtern sein.

Dernburg in seinem Pfandrechte I. S. 468 im Zusammenhange mit seiner Auffassung, dass die Forderungsverpfändung zugleich eine anticipirende Verpfändung der res debita enthalte, spricht sich über den Vorgang bei Einhebung der verpfändeten Geldforderung dahin aus: Das Object der Forderung müsse eigentlich ebensowohl dann als verpfändet gelten, wenn es in Geld bestehe, wie wenn es sich um eine species handle; des weiteren aber müssten sich die Verhältnisse sehr verschieden gestalten. Der Pfandgläubiger, welcher Geld eincassire, sei natürlich berechtigt, die eingenommene Summe unmittelbar auf seine Forderung zu compensiren. Dies, als das practische Moment, höben die Römischen Juristen ausschliesslich hervor. Der Pfandnehmer einer Geldforderung könne daher auch den eingenommenen Betrag für sich behalten und vernutzen.

Brinz, Sohm, Exner und Hellwig lassen das vom Pfandgläubiger Eingezogene sofort in das Eigenthum desselben übergehen.

Brinz — Lehre von der Compensation S. 137 vergl. auch S. 88 —, welcher auf das secum pensare im Zusammenhange mit dem cum compensatione agere des argentarius und der aussergerichtlichen Compensation zu sprechen kommt, lässt die Tilgung der Forderung des Pfandgläubigers sofort mit der Einhebung des Geldes vom Drittschuldner mittelst eigentlicher solutio eintreten. „Ich wüsste nicht, sagt er, was die Empfangnahme einer Summe, die mein wird, ohne wieder herausgegeben werden zu müssen und die meine Forderung tilgt, anderes sein sollte, als eigentliche solutio; der Pfandgläubiger ist durch Baarzahlung befriedigt und nicht durch Compensation. Das secum pensare ist also keine Zahlung, weder eigentliche noch uneigentliche, es ist eine blosse Berechnung; um zu wissen,

[1]) Aehnlich Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 201. 202.

ob ich noch etwas zu fordern oder etwas herauszugeben habe, muss ich mit mir rechnen, mecum pensare. Als blosse Rechnungsoperation ist dieses secum pensare daher kein Rechtsgeschäft, weder ein zweiseitiges noch ein einseitiges. Indessen — fügt Brinz hinzu — ist dies doch nicht die einzige Seite. Die Römischen Juristen drücken mit diesem secum pensare auch das Motiv aus, warum der Pfandgläubiger, soweit seine Forderung reicht, Eigenthümer des eingehobenen Geldes nicht nur wird, sondern auch bleibt, warum er insoweit bezahlt ist. Die Verpflichtung zur Herausgabe geht unter durch sein Recht zu fordern. Darin liegt Anlass an die Compensation zu denken und den ganzen Vorgang als ein Recht der Compensation zu bezeichnen."

Gegen Brinz ist gleich hier[1]) zu bemerken: Eine Verpflichtung zur Herausgabe besteht weder vor noch gemäss der eigenen Auffassung von Brinz nach der Vereinnahmung; eine solche würde erst entstehen können, wenn der Pfandgläubiger das Eingenommene behalten und doch nicht als ihm gezahlt anerkennen wollte. Aber da es nach Brinz schon gezahlt ist, so würde eine solche Nichtanerkennung ganz wirkungslos sein, und da durch die Zahlung die Forderung gegen den Pfandschuldner schon getilgt ist, so gibt es weder Verpflichtung noch Forderung, an deren Compensation man überhaupt, wenn auch nur als Motiv, denken könnte. Auch Brinz denkt beim secum compensare eben blos an eine gewöhnliche Compensation, wobei invicem debetur, nicht an eine Erwerbscompensation und gerade nach seiner Construction gibt es hier weder Forderung mehr noch Gegenforderung.

Sohm S. 49. 50. schildert den Vorgang des secum pensare folgendermassen:

„In der Geltendmachung des jus exigendi sehen wir das Forderungspfandrecht thätig, sich den Vermögenswerth zu verschaffen, auf den es seinem Inhalte nach gerichtet ist. Die weitere Entwicklung dieses rechtlichen Vorganges ist aber verschieden, je nachdem der Pfandgläubiger aus der verpfändeten Forderung Geld oder eine andere Sache entgegennimmt. Im ersten Falle wird durch die Geldzahlung Seitens des

[1]) Siehe sodann S. 92.

verpfändeten Schuldners der Vermögenswerth der verpfändeten Forderung unmittelbar hergestellt und das gezahlte Geld tritt sofort in das Eigenthum des Pfandgläubigers; nur wird er zur Restitution der hyperocha durch die actio pigneraticia persönlich verpflichtet.“ — Dieser Vorgang, fährt Sohm fort, werde in den Quellen so ausgedrückt, dass der Pfandgläubiger, welchem Geld gezahlt worden sei, mit sich abrechne, compensire; d. h. er behalte von dem empfangenen Gelde soviel für sich zurück als hinreiche, seine Forderung gegen den Verpfänder zu decken, er mache sich selber bezahlt. Ganz so verhalte es sich auch mit dem Sachpfandgläubiger, welcher sich mit dem für die Sache erhaltenen Preise befriedige; das aus einem anderen Obligationsgrunde ihm zugekommene Geld rechne erst der Pfandgläubiger sich auf die Forderung an, für welche das Pfand bestellt gewesen sei.

Exner — Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 46 jct. 163 — ist hier wegen einer in Betreff des Pfanderlöses ausgesprochenen Ansicht zu erwähnen, welche nach den Citaten in Note 97 S. 46 von ihm auch auf das vom Forderungspfandgläubiger eingehobene Geld bezogen werden muss. Nach ihm erwirbt zwar der verkaufende Pfandgläubiger unmittelbar das Eigenthum an den vom Käufer ihm gezahlten Geldstücken, aber der liberatorische Effect knüpft sich nicht an das percipere der nummi, sondern erst an den Act der Aufrechnung derselben auf die Pfandforderung von Seiten des Percipienten, was in verschiedenen Wendungen mit: in acceptum referre, secum pensare, compensare, in debitum computare[1]) bezeichnet werde. Diese Aufrechnung kann der Perception nachfolgen und es kann somit einen Zeitraum geben, in welchem die Sache pfandfrei, der Gläubiger Eigenthümer des Preises und doch die Pfandschuld nicht getilgt ist.

Dass ein solcher Zwischenraum zwischen Eigenthumserwerb am Gezahlten und Tilgung der Forderung möglich ist, soll nicht bestritten werden. Es wird u. A. bewiesen durch l. 16 Dig. de solut. 46. 3. Eine andere Frage ist es, ob ein solcher Aufrechnungsact auch bei Bezahlung des Pfanderlöses und, wie Exner ferner

[1]) Gegen die Gleichstellung dieser sämmtlichen Ausdrücke siehe unten S. 102 u. 103.

meint, überall da erforderlich sei, wo der Schuldner eine Summe gezahlt hat, ohne dass vorerst feststeht, auf welche von mehreren Forderungen das Gezahlte zu verrechnen sei[1]).

Endlich Hellwig[2]) macht darauf aufmerksam, dass die Zahlung Seitens des Drittschuldners zunächst nur dessen Schuld, nicht die des Pfandschuldners gegen den Pfandgläubiger aufheben könne, führt deshalb die Tilgung der letzteren auf eine Selbstzahlung zurück, welche der Gläubiger vornehmen muss, und lässt das Empfangene, welches derselbe sofort zum Eigenthum erwirbt, von ihm auf die Pfandschuld anrechnen. Gerade so ist das Verhältniss, wenn der Gläubiger die durch den Verkauf der Pfandsache entstandene Forderung einzieht, und jener Vorgang wird von den Quellen bei beiden gleichmässig mit compensare, secum compensare, in debitum computare bezeichnet. Diese Ausdrücke bezeichnen aber einen rein ideellen Vorgang; die Tilgung der Pfandschuld wird schon mit der Einnahme als geschehen anerkannt und von einer Compensation im technischen Sinne kann nicht die Rede sein, weil die sich gegenüberstehenden Forderungen fehlen.

Bei dieser Verschiedenheit der Ansichten, welche im Grunde nur darin übereinstimmen, dass das Endergebniss des Vorganges bei dem pfandrechtlichen secum pensare die satisfactionsmässige Tilgung der Forderung des Pfandgläubigers ist, erscheint es am dienlichsten, die eigene Auffassung zunächst im Zusammenhange darzustellen.

VII.

Die erste Frage, auf welche es für die rechtliche Gestaltung des gesammten Vorganges ankommt, ist hier die, ob der Forderungspfandgläubiger an den eingezogenen Geldstücken Eigenthum oder zunächst blos Pfandrecht erwerbe.

Meine Ansicht geht dahin, dass der Pfandgläubiger Eigenthum erwerbe. Ich glaube nicht, dass dem irgend welche Con-

[1]) S. hierüber Henrici in Ihering's Jahrbüchern B. XIV. S. 474. Struckmann ebendaselbst B. XV. S. 255. 257., theilweise gegen letzteren Windscheid, Pandecten § 343. not. 2b.

[2]) Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 176 ff.

struction des pignus nominis absolut hindernd entgegensteht. Vgl. Pfersche, Münchener Kritische Vierteljahrsschrift B. XXVII. S. 212. Uebrigens ist es bekanntlich die richtige Methode, nicht aus Constructionen die Rechtssätze, sondern aus den Rechtssätzen die Constructionen abzuleiten. Legt man dem pignus nominis die Construction der constituirenden Succession bezw. einer beschränkten oder cooptirenden Cession unter, so wird man vielleicht eher geneigt sein, Eigenthumsübergang ohne weiteres zu statuiren. Aber ich kann auch nicht sehen, dass dafür die Construction des „Rechtes am Rechte" irgend ein Hinderniss darböte. Da nach der letztgedachten Construction der Forderungspfandgläubiger das auf dare pecuniam gerichtete Forderungsrecht des Verpfänders für sich und zu dem Zwecke ausübt, sich ein Mittel zur Befriedigung seiner Forderung zu verschaffen, so erscheint es auch nach dieser Construction, wenn man daneben nicht auch noch die Bremer'sche Verwandlungstheorie acceptirt, als näher liegend und passender, den Pfandgläubiger die eingehobenen Geldstücke sogleich zum Eigenthum erwerben zu lassen.

Ebenso ist für unsere Frage nach dem Eigenthumserwerb an den exigirten nummi meines Erachtens nicht unbedingt entscheidend, ob man in dem Falle, wo die verpfändete Forderung nicht auf Geld, sondern auf das Geben einer anderen Sache, eines corpus geht, dem Forderungspfandgläubiger an dem geleisteten corpus mit der vorherrschenden Ansicht blos Pfandrecht oder ebenfalls Eigenthum, aber mit pfandrechtlichen Rechten und Pflichten gegenüber dem Verpfänder zuschreibt. Auch wer Pfandrecht am corpus annimmt, kann meiner Ansicht nach Eigenthum an den nummi annehmen[1]). Der Gegensatz zwischen pecunia und corpus in den von uns Seite 5 ff. behandelten beiden Pfandrechtsstellen, dort secum pensare, hier pignoris loco esse, geht in erster Linie auf die Art und Weise, wie der Forderungspfandgläubiger in Betreff des von ihm in Empfang Genommenen verfahren kann und soll, nicht auf die Art des Rechtes, welches er an demselben erhält. Auch ist Geld, bei welchem eine weitere Verwerthungsoperation nicht

[1]) Dagegen Hellwig S. 178.

nöthig ist, gerade für den Pfandzweck so verschieden von jeder anderen Sache, dass die Annahme nicht ausgeschlossen ist, der Forderungspfandgläubiger erlange am eingehobenen corpus ein anderes Recht, als an den eingezogenen nummi, dort Pfandrecht, hier Eigenthum.

Vergl. Donellus, tract. de pignorib. cap. VIII. nu. III. edit. Florent. VI. p. 991.

Die positiven Gründe für sofortigen Eigenthumserwerb an den nummi sind von Anderen, namentlich von Exner zunächst für den Pfanderlös und von Hellwig[1]) speciell auch für das exigere des Forderungspfandgläubigers entwickelt worden. Der Gedanke, dass der Drittschuldner gezwungen werden könne, dem Forderungspfandgläubiger für sich das zu Leistende zu Pfandrecht, dem Verpfänder zu Eigenthum zu geben, ist schon von Mansbach[2]) widerlegt. Aber auch wenn der Drittschuldner freiwillig zahlt, wird man ihm einen solchen Willen nicht unterlegen dürfen. Der Drittschuldner erfüllt seine Pflicht und löst sich von seiner Schuld, wenn er dem Pfandgläubiger leistet.

Einem procurator des Gläubigers gegenüber lässt es sich denken, dass der Schuldner diesem leistet, nicht in der Absicht, sofort dem Gläubiger das Eigenthum zu verschaffen, sondern in der Absicht, dass erst der procurator dem Gläubiger das Eigenthum verschaffen solle, was dann namentlich, wenn der procurator nicht legitimirt war, erhebliche rechtliche Folgen hat.

l. 43 § 1 Dig. de furt. 47. 2.

Dass aber der Drittschuldner einen solchen Weg wählen werde, der ihm in keinem Falle einen Vortheil bringen kann, ist sicher nicht zu supponiren. Wenn also kein Eigenthum, sondern blos Pfandrecht auf den in Empfang nehmenden Forderungspfandgläubiger übergehen soll, so könnte dies nur in der Stellung und Willensrichtung des letzteren liegen. Wenn man ihn in seiner Eigenschaft als Forderungspfandgläubiger zugleich als procurator des Pfandschuldners ansehen wollte, so würde er im Stande sein, dem letzteren sofort auch unwissend Eigenthum an den vereinnahmten Geldstücken zu verschaffen bezw. durch

[1]) Exner S. 40 ff.; Hellwig S. 175 ff.

[2]) Mansbach, der Niessbrauch an Forderungen S. 56 und 57.

Umwandlung seines animus domini das Eigenthum auf den Pfandschuldner mittelst brevi manu traditio zu übertragen, und man müsste dann die zu letzterer nöthige Einwilligung des Pfandschuldners im voraus in der Forderungsverpfändung ausgesprochen finden. Wie sich dann aber der Forderungspfandgläubiger Pfandrecht an dem vereinnahmten Gelde verschaffen soll, steht dahin. Es würde auf eine Selbstbestellung des Pfandrechts hinausführen, welche der Pfandgläubiger als Vertreter des Pfandschuldners mit sich selbst vornehmen würde. Ob das möglich wäre, hängt von der bekannten strittigen Frage ab, ob Jemand als Vertreter eines Anderen mit sich selbst ein Rechtsgeschäft abschliessen könne. Will man dies auch zugeben, so bleibt doch die ganze Construction künstlich und unnatürlich. Daher darf man sie gegenüber der einfachen Annahme, der Forderungspfandgläubiger könne und wolle für sich Eigenthum am Eingenommenen erwerben und habe in Betreff desselben diejenigen Pflichten und Rechte, welche aus seinem pfandcontractlichen bezw. quasipfandcontractlichen Verhältnisse zum Verpfänder für ihn abfliessen, schwerlich aufrecht erhalten oder gar vorziehen. Es muss aber auch bestritten werden — und das ist der practisch wichtige Punct — dass der Forderungspfandgläubiger überhaupt die Vollmacht und Befugniss habe, das Eigenthum an dem eingenommenen Gelde auf den Pfandschuldner hinüberzuschieben und für sich das Pfandrecht vorzubehalten. Denn er würde damit befugt sein, die Gefahr des eingenommenen Geldes auf den Verpfänder überzuschieben bis zu dem Momente, wo er das für den letzteren zum Eigenthum erworbene Geld wieder durch Selbstzahlung in sein Eigenthum bringt. Ich habe schon oben erwähnt, dass Bremer und Pfaff neben der Vereinnahmung des Geldes noch eines besonderen Aneignungsactes Seitens des Pfandgläubigers bedürfen, der sich dann als Selbstzahlung characterisirt. Aber es hilft uns nicht viel gegen das oben geltend gemachte Bedenken, wenn sie uns versichern, dass dieser Aneignungsact oder die Consumtion des Geldes durch Vermischung in der Regel sofort nach der Vereinnahmung erfolgen werde. Denn wie? wenn dieser Act nicht erfolgt und der einhebende Pfandgläubiger vielleicht absichtlich das eingenommene Geld separirt hinlegt?

Jede Theorie, welche zunächst Pfandrecht am eingenommenen Gelde annimmt, führt zu einem distincten späteren Aneignungsacte und damit zu einer echten und rechten Selbstzahlung des Pfandgläubigers; d. h. dieser nimmt Geld, welches seinem Schuldner wirklich gehört, animo sibi solvendi an sich und macht sich dadurch dem juristischen Vorgange nach genau so bezahlt, als ob er es vom Schuldner selbst erhalten hätte. Deshalb müssen auch Bremer und Pfaff den Vorgang bei dem quellenmässigen secum pensare einfach als eine Selbstzahlung, höchstens mit nachfolgender Verrechnung auffassen und sie thun dies in der That. Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjecte S. 171 sagt: Die Quellen nennen diesen Vorgang (d. h. die von ihm erforderte Aneignung solvendi causa) ein Compensiren. Es ist zuzugeben und zu beachten, dass in beiden oft erwähnten Pfandrechtsstellen das secum pensare im Futurum steht und als ein von dem Exigiren des Geldes distincter und späterer Act dargestellt wird. Aber warum wird dieser Act als ein secum pensare und nicht als ein sibi solvere bezeichnet? Dass beide Ausdrücke die gleiche Bedeutung hätten, bedürfte doch jedenfalls des Beweises, zumal man wohl begreift, dass Jemand sich selbst zahlen (sibi solvere) und mit oder bei sich selbst abrechnen (secum pensare) könne, aber nicht, wie Jemand mit sich selbst zahlen könne.

Ursprünglich heisst pensare „aufwägen, zuwägen“ und mit Rücksicht vielleicht auf die alterthümliche Zahlungsweise kommt es bisweilen in übertragener Bedeutung bei den Schriftstellern seit Cicero im Sinne von „zahlen“ vor (siehe Forcellini, lexicon totius latinitatis sub voce pensare); aber den juristischen Quellen ist dieser Gebrauch des Wortes fremd, ja solvere und pensare werden ausdrücklich sich gegenüber gestellt als gleich im Effect, aber verschieden als Tilgungsacte:

> l. 4 Dig. qui potior. in pign. 20. 4. nec enim interesse solverit an pensaverit. Vgl. auch l. 19 Dig. de liber. causa 40. 12.

Meistens bedeutet pensare und pensatio dasselbe wie compensare und compensatio.

> Siehe die zahlreichen Nachweisungen bei Brissonius, de verbor. significatione sub voce: pensare und bei

Dirksen, manuale s. ead. voc., sowie l. 7 § 1 l. 15 Dig. de compensat. 16. 2.

Wenn aber doch vielleicht ein gewisser Unterschied in dem Gebrauche beider Worte Seitens der Römischen Juristen sich hier und da bemerkbar macht, so würde derselbe darin sich zeigen, dass der Ausdruck pensare häufig für diejenigen gewissermassen irregulären Fälle des Compensirens gebraucht wird, bei denen von einem Compensiren eius, quod invicem debetur, nicht die Rede ist.

Siehe l. 10 Dig. de neg. gest. 3. 5. lucrum cum damno pensare. l. 67 § 3. 4 Dig. de leg. II. l. 33 Dig. solut. matr. 24. 3. l. 39 eod. paria delicta mutua pensatione dissolvuntur.

l. 17 pr. Dig. de nox. act. 9. 4, wo zwei Miteigenthümer eines delinquirenden Sclaven inter se debent pensare communi dividundo judicium.

Wir haben bis jetzt gesehen, dass die Annahme eines durch exactio entstehenden Pfandrechts des Forderungspfandgläubigers an den eingehobenen Geldstücken, welches sich erst durch Aneignung in Eigenthum des Pfandgläubigers umsetzt, weder dem practischen Bedürfnisse entspricht noch mit den vorhandenen Quellenstellen stimmen will. Es entsteht jetzt eine zweite Frage. Durch die Einhebung des Geldes hat der Pfandgläubiger sofort Eigenthum erhalten. Wie stellt sich nun das rechtliche Verhältniss des Pfandgläubigers zum Pfandschuldner? Ist schon durch die Einhebung die Forderung des ersteren gegen den letzteren ipso jure aufgehoben wie durch Zahlung? Oder bedarf es zu diesem Effecte noch eines weiteren Vorganges, der wenigstens im Gedanken von der Einhebung zu unterscheiden ist, eben des secum pensare? Wie ist letzteres aufzufassen? als eine blosse Rechnungsoperation ohne allen juristischen Effect oder als ein besonderer Act, als ein einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft? Dass das vollzogene secum pensare Befreiung des Pfandschuldners mittelst Befriedigung enthält, ist zweifellos. Aber unter welche Categorie der Satisfactionen fällt dasselbe, ist es Zahlung oder datio in solutum oder gewöhnliche Compensation?

Meine Auffassung von der Sache ist folgende:

Mit der Einhebung oder Zahlung Seitens des Drittschuldners ist die Pfandforderung noch nicht getilgt wie durch Zahlung. Eine eigentliche Zahlung liegt schon deshalb nicht vor, weil weder der Pfandschuldner selbst dem Pfandgläubiger leistet noch der Drittschuldner im Namen des Pfandschuldners. Es bedarf daher noch einer weiteren Thätigkeit von Seiten des Pfandgläubigers, welche die Quellen ein secum pensare nennen und welche sie, wie schon vorstehend bemerkt, durch die Anwendung des Futurums von der vorausgegangenen exactio abscheiden und als etwas später erfolgendes hinstellen.

> l. 18 pr. Dig. de pign. act. 13. 7. exactam pecuniam tecum pensabis. l. 13 § 2 Dig. de pign. et hyp. 20. 1. exacta ea (pecunia) creditorem secum pensaturum.

Von einem blossen Ereigniss, einem sich Aufwägen ohne menschliche Thätigkeit, in welcher Bedeutung compensare nach Windscheid's ganz richtiger Bemerkung ebenfalls nicht selten vorkommt, ist also hier nicht die Rede[1]).

Diese Thätigkeit des secum pensare ist aber auch keine blosse Rechnungsoperation. Neben der erforderlichen, gewöhnlich wohl sehr einfachen, vielleicht aber durch Zinsberechnung auch complicirteren Rechnungsoperation geht her oder ist in ihrem Abschlusse enthalten eine Willensäusserung, die freilich auf nichts weiter hinausläuft, als dass der secum compensans das Eingenommene definitiv behalten und eben deshalb es behufs seiner Befriedigung auf die Pfandforderung aufrechnen will, woraus dann von selbst folgt, dass er sich nun für letztere in quantum für befriedigt erachten muss. Durch diese Zweckbeziehung auf die Pfandschuld, welche der Pfandgläubiger beim secum pensare dem von ihm Eingenommenen gibt, ist dasselbe mehr und anderes als ein blosses mit sich Rechnen (Brinz) und bei sich Subtrahiren; daher ist es auch sehr wohl denkbar, dass das secum pensare der Rechnungsoperation sogar vorangehen kann, wenn ich z. B. das vereinnahmte Geld mit jener Absicht mit dem meinigen vermische und das genauere Be-

---

[1]) Windscheid, Pandecten § 348. not. 3. Aus den Quellen etwa noch: l. 41 § 1 fin. Dig. de manum. test. 40. 4. compensanda celeritas libertatis praematurae pecuniarum solutioni.

rechnen, um zu wissen, inwieweit ich nun gedeckt bin, vorläufig noch nicht vollziehe.

Wenn nun an dieses secum pensare die völlige satisfactionsmässige Aufhebung der Pfandforderung von den Quellen geknüpft wird, so ist kein Grund, warum man dasselbe nicht als ein Rechtsgeschäft bezeichnen will. Freilich ist es ein einseitiges Rechtsgeschäft, ein Geschäft, welches der Pfandgläubiger für sich allein vornimmt. Das drücken aber die Quellen eben sehr bezeichnend aus durch das secum pensare, „mit sich oder bei sich abrechnen", in welchem letzteren Sinne der Ausdruck „secum" auch in den juristischen Quellen häufig in Verbindung mit irgend welchem Verbum vorkommt:

> z. B. l. 3 § 4 fin. Dig. de test. 22. 5. tecum delibera; l. 3 § 1 Dig. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 4: jus usufructus secum salvum habeat; öfter secum ferre, portare.

Weil es ein einseitiger Act ist, bedarf es auch zur Hervorbringung des Tilgungseffectes keiner Verhandlung des Pfandgläubigers mit dem Pfandschuldner und keinerlei Einwilligung des letzteren. Wenn eine Anzeige über die Abrechnung von Seiten des Pfandgläubigers an den Pfandschuldner erfolgt, wozu ersterer verpflichtet ist, so hat diese nur die Bedeutung einer Mittheilung, dass der Pfandgläubiger mit sich aufgerechnet habe, nicht die einer Offerte, vertragsmässig compensiren zu wollen, oder eines blossen Zahlungsangebotes. Vollzogenes wird gemeldet, an welchem auch eine ablehnende Erklärung des Pfandschuldners nichts ändern könnte, nicht erst zu Vollziehendes verlangt.

Die Vollziehung des secum pensare ist juristisch nicht aufzufassen als eine Ausübung des Forderungspfandrechts. Dieses ist zu Grunde gegangen schon mit der Einhebung, und die Einhebung war der letzte Act, in welchem sich das Forderungspfandrecht geltend machen konnte und zugleich erschöpfte. Was jetzt folgt, nämlich das secum pensare ist Ausübung eines Rechtes und zugleich, ja sogar primär Erfüllung einer Pflicht, die nicht aus dem untergegangenen Pfandrechte, sondern aus dem zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandschuldner bestehenden obligatorischen Verhältnisse originirt, welches durch

den Verpfändungsvertrag oder die Verpfändungsthatsache begründet wurde.

Kraft dieses Verhältnisses ist der Forderungspfandgläubiger, wie schliesslich jeder Pfandgläubiger gehalten, über das Eingezogene Rechnung abzulegen und dasselbe behufs seiner Befriedigung mit sich selbst aufzurechnen, aber zugleich berechtigt, sich auf diesem Wege zu befriedigen. Ist das secum pensare einmal erfolgt, so hat sich der Pfandgläubiger in der That selbst befriedigt und im Effect steht es nun vollständig so, als ob die Pfandforderung durch directe, vom Pfandschuldner oder für den Pfandschuldner geschehene Zahlung aufgehoben worden wäre.

Aus dieser Auffassung ergeben sich folgende Consequenzen:

Die rechtliche Lage zwischen den Betheiligten ist schon mit der erfolgten Vereinnahmung die, dass zwar die Pfandforderung noch nicht definitiv getilgt ist, aber keiner der beiden Theile eine andere Aufhebung als durch Abrechnung verlangen kann. Der Pfandgläubiger ist berechtigt, sich durch secum pensare zu befriedigen, aber auch verpflichtet dazu und, wenn durch die schuldvolle Verzögerung der Abrechnung dem Pfandschuldner irgend welcher Nachtheil erwachsen wäre, so würde er diesen zu ersetzen haben. Der Pfandschuldner seinerseits kann nicht auf Herausgabe des Vereinnahmten klagen, sondern nur auf Rechnungslegung bezw. Vornahme der Abrechnung. Andererseits hat aber nun auch der Pfandgläubiger keine wirksame Klage mehr gegen den Pfandschuldner [1]). Letzterer kann ihm entgegensetzen, dass er mit sich compensiren müsse bezw. dass er hätte mit sich compensiren sollen. Ja, wenn in den Quellen nirgends etwas von secum pensare zu lesen stände, so würde man doch dem verklagten Pfandschuldner die exceptio doli zugestehen müssen, dass der Pfandgläubiger mit der Schuldklage einfordere, wieviel er, wenn der Beklagte daraufhin zahle, doch

[1]) Von den Complicationen, welche entstehen würden, falls der Pfandgläubiger mehr als den Betrag seiner Pfandforderung vom Drittschuldner eingehoben hätte, kann hier umsomehr abgesehen werden, als nach der herrschenden Ansicht der Pfandgläubiger hierzu nicht legitimirt ist und der Drittschuldner regelmässig nicht liberirt sein würde. Vgl. Windscheid § 239 not. 11, dagegen jetzt Hellwig S. 172.

sofort mit der actio pigneraticia directa wieder werde herausgeben müssen (vergl. oben S. 74).

Da der Pfandgläubiger schon aus dem bestehenden Rechtsverhältnisse selbst, auch ohne Verlangen des Pfandschuldners zum Aufrechnen gehalten ist, so folgt allerdings, dass der Pfandschuldner practisch nahezu in derselben Lage steht, als ob dem Pfandgläubiger bereits gezahlt worden wäre.

Indessen ist doch zwischen diesem Falle und dem unsrigen nach der vorgetragenen Auffassung namentlich ein auch practisch bedeutender Unterschied. Der Pfandgläubiger kann dem Verpfänder statt abzurechnen auch die Herauszahlung des Vereinnahmten offeriren, und wenn letzterer darauf eingeht, so erfolgt keine Aufhebung der Pfandforderung, sondern die letztere besteht ungeändert fort. In dieser Möglichkeit liegt meiner Ansicht nach der wesentliche Unterschied zwischen der Perception des Kaufpreises durch den verkaufenden Sachpfandgläubiger und der Einhebung vom Drittschuldner Seitens des Forderungspfandgläubigers, worüber unten sub VIII noch näher gehandelt werden wird.

Dagegen wirkt die Perception des Kaufpreises, sofern derselbe unentziehbar an den verkaufenden Pfandgläubiger gekommen ist, wie eine gewöhnliche direct geschehene Zahlung der Pfandforderung. Sie wirkt, wie jede fertig vollzogene Befreiung des Pfandschuldners endgiltig liberirend, tilgt die Pfandschuld ipso jure und nothwendig, die Parteien selbst können diese Wirkung nicht mehr rückgängig machen, und daher werden auch die sonstigen Accessionen der Pfandschuld z. B. Bürgen oder andere für dieselbe haftende Pfänder dadurch befreit.

Anders dagegen ist es bei der Einziehung Seitens des Forderungsgläubigers. Hier werden die Accessionen nicht sofort und nothwendig liberirt. Es kommt darauf an, ob das secum pensare wirklich vollzogen wird; wird es nicht vollzogen oder, practisch ausgedrückt, erledigt es sich dadurch, dass die Betheiligten sich darüber verständigen, dass nicht secum compensirt, sondern das Vereinnahmte herausgezahlt oder vielleicht gegen eine andere Schuldpost aufgerechnet werden soll, so ist dies zulässig; die Pfandforderung bleibt dann bestehen und die Accessionen werden nicht befreit und können auch ihrerseits nicht verlangen, dass

sie auf dem Wege des secum pensare befreit werden. Ebendeshalb kann auch die Pfandschuld noch nach der Vereinnahmung durch ein anderes Ereigniss definitiv aufgehoben werden, z. B. durch schenkungsweisen Erlass, durch Confusion und durch Zahlung. Geschieht die Zahlung Seitens des Pfandschuldners in Kenntniss der Vereinnahmung und nimmt der Pfandgläubiger sie an, so wird man darin einen beiderseits genehmigten Verzicht auf die Aufrechnung zu erblicken haben und der Pfandschuldner wird das Vereinnahmte nun mit der jetzt für ihn entstehenden actio pigneraticia auf Rückgabe herausverlangen können. Zahlte der Pfandschuldner in Unkenntniss von der Vereinnahmung, so wird für ihn eine condictio indebiti in derselben Weise begründet werden, wie wenn ein Schuldner, welcher zur Compensation berechtigt ist, in Unkenntniss seines Compensationsrechtes baar gezahlt hat. Denn der Pfandschuldner hat einen Anspruch darauf, dass der Pfandgläubiger das Vereinnahmte bei sich aufrechnet und ihn auf diese Weise liberirt. Ebenso wird der Zinsenlauf der Pfandschuld hier schon von der Vereinnahmung an sistirt. Der Pfandgläubiger, welcher das Vereinnahmte zur freien Disposition und Vernutzung hat und dasselbe compensiren soll, würde sonst doppelten Genuss von seinem Capital haben (vgl. oben Seite 24.).

Wenn der Pfandgläubiger, welcher vereinnahmt hat, gegen den Bürgen des Pfandschuldners auf Zahlung klagen wollte, so würde auch der Bürge auf die Pflicht des Pfandgläubigers, bei sich abzurechnen, sich beziehen können, gerade so wie er auf eine compensable Gegenforderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger sich berufen kann.

l. 4 Dig. de compensat. 16. 2.

Verfällt vor der vollzogenen secum pensatio der Pfandschuldner in Concurs, so kann dadurch dem Pfandgläubiger, welcher eingehoben hat, sein Recht, secum zu compensiren und das Eingehobene definitiv auf seine Forderung zu behalten, nicht entzogen werden. Fällt der Pfandgläubiger inzwischen in Concurs, so ist der Pfandschuldner dadurch gedeckt, dass der Pfandgläubiger die Pflicht hat, mit sich zu compensiren, eine Pflicht, die natürlich auch der Concursverwalter anzuerkennen hat.

Anders würde es natürlich sein, wenn vor dem Ausbruche des Concurses Forderungspfandgläubiger und Pfandschuldner sich geeinigt hätten, dass nicht aufgerechnet, sondern herausgezahlt werden solle. Dann würde der Schuldner nur eine persönliche Forderung gegen den Pfandgläubiger auf Herauszahlung haben, sich aber mittelst gewöhnlicher Aufrechnung gegen den Forderungsanspruch des Concursverwalters decken können, und nur der Pfandgläubiger, welcher statt aufzurechnen das Vereinnahmte schon an den Schuldner herausgezahlt hätte, würde verlieren, weil er nur noch seine persönliche Forderungsklage gegen den in Concurs verfallenen Pfandschuldner besitzen würde.

Wenn nicht der Pfandschuldner selbst, sondern ein Dritter für den Pfandschuldner seine Forderung verpfändet und der Pfandgläubiger sie vom Drittschuldner eingehoben hätte, so wird Recht und Pflicht zum secum pensare zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder bestehen und der Pfandschuldner nicht hindern können, dass sich die ersteren unter sich dahin einigen, dass nicht abgerechnet werden solle. Immer aber wird der Pfandgläubiger auch gegen den Willen des Verpfänders das Recht haben, sich durch Selbstaufrechnung zu decken, und thut er dies, so wird die Pfandforderung aufgehoben wie durch Zahlung, und der Pfandschuldner selbst wie alle etwaigen Accessionen desselben werden definitiv liberirt.

In Betreff der Imputation des vom Forderungspfandgläubiger eingehobenen und von ihm mit sich selbst zu compensirenden Betrages können im wesentlichen dieselben Fragen auftauchen, von welchen wir schon oben unter IV. für das secum pensare im allgemeinen sowie für die gerichtliche Compensation im Anschluss an das von uns zu lex 82 ad leg. Falc. Ausgeführte gesprochen haben. Doch erscheinen hier, bei dem secum pensare des Forderungspfandgläubigers, die möglicherweise vorkommenden Verrechnungsfragen im Vergleich zu der gewöhnlichen Compensation wesentlich eingeschränkt und vereinfacht. Ein hauptsächlicher Grund dafür liegt darin, dass das hier besprochene secum pensare stets nur erfolgt auf diejenige Forderung, zu deren Sicherheit die eingezogene Geldforderung verpfändet ge-

wesen war. Denn für alles secum pensare ist es characteristisch, dass dem gemäss desselben aufzurechnenden Erwerbe schon durch die Natur des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses die Beziehung auf einen bestimmten Anspruch gegeben ist, zu dessen Befriedigung jener Erwerb verwendet werden soll. (Siehe oben S. 32.)

Im übrigen haben wir für das secum pensare des Forderungspfandgläubigers eine directe Analogie in den Regeln über die Verrechnung des Pfanderlöses, welchen der verkaufende Pfandgläubiger von dem Käufer vereinnahmt hat.

Mögen auch zwischen der Vereinnahmung des Pfanderlöses und der Einhebung Seitens des Forderungspfandgläubigers nicht unerhebliche Verschiedenheiten bestehen (s. unten sub VIII), so ist doch der rechtliche Effect gleich, wenn einmal das vom Forderungspfandgläubiger Eingehobene wirklich compensirt wird. Denn sodann ist in beiden Fällen Befriedigung des Pfandgläubigers für die Pfandschuld bis zur Höhe des vereinnahmten Betrages vorhanden, und daher sind auch die Fragen über die Imputation dieser Beträge auf die betreffenden Pfandforderungen in gleicher Weise zu beantworten.

Demgemäss wird auch der vom Forderungspfandgläubiger exigirte Betrag zunächst auf die Zinsen, sodann erst auf das Capital der Pfandforderung zu verrechnen sein. Falls der eingehobene Betrag nicht ausreicht, um die Pfandforderung ganz zu decken, so wird der aufrechnende Forderungspfandgläubiger im allgemeinen die Wahl haben, auf welchen Theil der Forderung er abrechnen will, und auch denjenigen vorziehen können, welcher klaglos oder blos durch die verpfändete Forderung gedeckt war, während der andere Theil der Pfandforderung noch weiter etwa durch Bürgschaft gesichert ist.

l. 101 § 1 l. 73 Dig. de solut. 46. 3.

Dagegen ist für den Fall, dass ein und dasselbe nomen für zwei verschiedene Forderungen verpfändet ist, massgebend die l. 96 § 3 Dig. de solut. 46. 3. Ist die Verpfändung für beide Forderungen gleichzeitig erfolgt, so wird der Gläubiger das Eingehobene auf beide verhältnissmässig verrechnen müssen, ist sie zu verschiedenen Zeiten erfolgt, so wird die Abrechnung zunächst auf die durch die erste Verpfändung gesicherte Forderung

zu geschehen haben[1]). Die Schwierigkeiten, welche entstehen können, wenn dieselbe Forderung mehreren Gläubigern nach einander verpfändet worden ist, waren im Römischen Recht zum grössten Theile dadurch ausgeschlossen, dass, wie es auch noch die herrschende gemeinrechtliche Ansicht ist,

Windscheid, § 239 not. 11. Dernburg, Pandecten I. § 293 not. 8.

der Forderungspfandgläubiger vom Drittschuldner nicht über den Betrag seiner Pfandforderung einfordern konnte. Für den Fall, dass es wünschenswerth und billig erschien, einem Nachpfandgläubiger schon jetzt eine Realisation durch exactio zu gestatten, z. B. wenn seine Forderung fällig und die Pfandforderung des ersten Gläubigers nur von geringem Betrage gegenüber der verpfändeten Forderung war, würde das Römische Processrecht in einer dem Drittschuldner zu bestellenden cautio defensu iri ein Mittel in der Hand gehabt haben, berechtigten Interessen der späteren Forderungspfandgläubiger ohne Nachtheil für den Drittschuldner Rechnung zu tragen. Die R. C. P.-Ordn. § 750 hat für mehrfach gepfändete Forderungen bekanntlich ein Depositionsrecht bezw. eine Depositionspflicht des Drittschuldners statuirt, welche aber zu manchen Zweifeln Anlass geben.

Vergl. Hellwig, §§ 31—33.

---

[1]) l. 96 § 3 de solut. 46. 3. Lediglich auf diesen Fall, wo demselben Pfandgläubiger ohne directe oder indirecte Theilbezeichnung dasselbe Pfand für mehrere Forderungen bestellt ist, bezieht sich meinem Erachten nach l. 96. § 3 cit., nicht auf den davon wesentlich verschiedenen Fall, dass mehreren Gläubigern gleichzeitig verpfändet ist. Hier entscheidet vielmehr zwischen den beiden Pfandgläubigern bei Solidarverpfändung die Praevention. Anderer Meinung Dernburg, Pfandrecht II. S. 212 u. 408. not. 8. I. S. 516. Gegen Dernburg mit Recht Henrici in Ihering's Jahrbüchern B. XIV. S. 482 ff. not. 52. 54. Der von Henrici a. a. O. S. 490 angeführte Rechtsfall würde übrigens meines Erachtens wegen des principiellen Wahlrechts des Pfandgläubigers schon nach Römischem Pfandrecht so, wie es Henrici will zu Gunsten des Gläubigers zu entscheiden sein, ohne dass man zu dem bedenklichen Argumente, dass der Pfandgläubiger jederzeit auf die ihm bestellte Hypothek und die derselben eingeräumte Priorität verzichten könne, seine Zuflucht zu nehmen brauchte.

VIII.

Es liegt nahe, die Einhebung Seitens des Forderungspfandgläubigers und die Perception des Kaufpreises durch den verkaufenden Sachpfandgläubiger in Vergleichung zu ziehen.

Meist werden beide in Betreff ihrer Wirkung auf die Tilgung der Pfandforderung ganz gleichgestellt — siehe oben S. 80.

Es versteht sich, dass man, um jene Vergleichung zu ziehen, annehmen muss, dass der Pfanderlös definitiv und unwiderruflich von dem verkaufenden Pfandgläubiger percipirt ist. Denn ist dies nicht der Fall, kann der Pfanderlös dem Pfandgläubiger wieder entzogen werden, etwa in Folge von Rescission des Kaufs oder ausnahmsweise wegen Eviction der verkauften Sache, so ist eine definitive Befriedigung durch die Perception des Kaufpreises ebensowenig vorhanden, als eine wirksame Zahlung vorhanden ist, wenn das Gezahlte dem Gläubiger noch auferirt werden kann.

Auch muss behufs unserer Vergleichung die Möglichkeit ausgeschieden werden, dass der verkaufende Pfandgläubiger den von ihm abgeschlossenen Pfandverkauf durch Verhandlung mit dem Käufer wieder aufhebt, was selbst nach Bezahlung des Kaufpreises noch geschehen kann.

> Dernburg, Pfandrecht II. S. 230 not. 3, vergl. jetzt auch Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht II. B. 1. Abth. S. 477 ff.

Denn wenn auf diesem Wege die tilgende Wirkung der Perception auf die Pfandforderung nachträglich wieder ausgeschlossen wird, so beruht dies auf einem Geschäft zwischen dem Pfandgläubiger und seinem Käufer, bei welchem der Pfandschuldner nichts dazu und nichts davon thun kann, während es sich bei der von uns anzustellenden Vergleichung darum handelt, ob nach fest percipirtem Pfanderlös die Tilgung der Pfandforderung sofort eintritt oder ob es, wie wir bei der exactio annehmen, dazu noch eines Aufrechnungsactes bedarf, bis zu dessen Vornahme die Tilgung durch anderweite Vereinbarung zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner ausgeschlossen werden kann. Meist wird nun von den Schriftstellern, welche auf die Frage mehr oder minder nahe eingehen (vergl. S. 80.), gar kein Unter-

schied gemacht zwischen der Wirkung der Perception des Pfanderlöses und derjenigen der exactio, letztere richtet sich völlig nach der ersteren. Dies führt bei der Mehrzahl der Schriftsteller dahin, dass, da die Perception sofort und nothwendig liberirend wirkt, auch die exactio denselben Effect hat, und dann erscheint das secum pensare des einhebenden Pfandgläubigers in der That als eine blosse Rechnungsoperation, als ein „rein idealer" Vorgang. So sprechen sich Brinz, Dernburg, Compensation und im Anschluss an letzteren Hellwig aus.

Auf der anderen Seite steht namentlich Exner. Dieser scheidet

Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 46.

die liberirende Wirkung der Perception des Pfanderlöses scharf von ihrer dinglichen Wirkung, der Eigenthumsübertragung an den vom Käufer gezahlten Geldstücken, und knüpft die liberirende Wirkung erst an den von ihm auch hier erforderten Aufrechrechnungsact, der dann ein realer Willensact und kein blosses Einrechnen ist. Dass Exner einen derartigen Aufrechnungsact auch bei der exactio des Forderungspfandgläubigers erfordert, ergibt sich aus den S. 46 not. 97 seiner Schrift angeführten Stellen.

Während ich mit Exner darin übereinstimme, dass bei der exactio die tilgende Wirkung definitiv erst durch einen realen Aufrechnungsact, das secum pensare, herbeigeführt wird, tritt meines Erachtens die Liberation durch die definitive Perception des Pfanderlöses sofort und nothwendig ein. Beim Pfanderlös ist es von vornherein gewiss, dass die Pfandforderung in quantum aufgehoben ist, und die Berechnung, welche hierbei vorkommt und thatsächlich meistens nöthig sein wird und für welche in den Quellen die Bezeichnungen des computare und acceptum (accepto, in acceptum) referre gebraucht zu werden pflegen, ist juristisch blos eine Rechnungsoperation, welche nur feststellt und beziehentlich verlautbart, wieviel von der Pfandschuld durch den eingehobenen Erlös getilgt ist oder ob vielleicht gar ein Ueberschuss zu Gunsten des Pfandschuldners oder der Nachhypothekarier existirt. Bei der exactio hingegen ist zwar meist von vornherein auch gewiss, worauf angerechnet werden wird, aber noch nicht nothwendig gewiss, dass auf-

gerechnet wird; weil die Parteien die Aufrechnung und damit die Tilgung der Pfandforderung auch noch ausschliessen können.

Dieses computare und acceptum referre, welcher letztere Ausdruck vielleicht auf einen Buchungseintrag in die Hausbücher ursprünglich hindeuten mag[1]), ist von derselben Art, wie das in den Quellen in den verschiedensten Rechtsmaterien, so beim peculium und bei der Falcidia, vorkommende imputare. Zwischen Imputation und Compensation besteht aber ein wesentlicher Unterschied, der hier allerdings nicht genauer erörtert werden kann, auf welchen aber speciell in Betreff der Falcidia namentlich schon Cujacius mehrfach aufmerksam gemacht hat[2]). Das imputare und bezw. computare stellt sich dar als eine blosse Rechnungsoperation, indem schon von Rechtswegen bestimmt ist, dass einer gewissen Grösse etwas zu-, ab- oder eingerechnet werden soll, während beim compensare zwar auch eine Rechnungsoperation, ein Abrechnen oder Gegenrechnen, stattfindet, aber zwischen zwei an sich selbständigen Grössen, welche erst durch Vertrag, Testament oder besondere Rechtsvorschrift mit einander in Verbindung gesetzt sind.

Dass durch die Perception des Pfanderlöses die Forderung des Pfandgläubigers eo ipso getilgt, der Pfandschuldner dadurch liberirt wird, wird von den Quellen durchweg bestätigt;

l. 26 Dig. de sol. 46. 3. l. 44 ibid. l. 9 pr. u. § 1 Dig. de distr. pign. 20. 5. an debitor liberatus esset — venditio non liberat debitorem nisi percepta pecunia. l. 12 § 1 Dig. de distr. pign. 20. 5. videamus, an pretium quod percepit creditor liberet debitorem personali actione — quantum ad creditorem debitor liberatur.

l. 73 Dig. de solut. 46. 3. contingit liberatio.

daher werden auch die Bürgen, selbst die Mandatoren des Pfandschuldners befreit;

l. 59 § 4 Dig. mand. 17. 1.

---

[1]) Ueber die Bedeutung von acceptum referre als anrechnen siehe H. Ermann, zur Geschichte der Römischen Quittungen und Solutionsacte S. 25.

[2]) Cujacius in libr. IX. resp. Papin. zu l. 60 (58) § 3 Dig. ad SC. Trebell. 36. 1. opera tom. IV. p. 1137 ff. und recitat. ad Cod. zu l. 4 de hered. pet. opera IX. p. 153.

selbst bei Ungewissheit, ob der dem Pfandgläubiger gezahlte Kaufpreis demselben verbleiben werde, erhellt blos ex post facto, ob damals mit liberirender Wirkung gezahlt war oder nicht.

l. 23 Dig. de pigner. act. 13. 7. quia nihil ei solutum esse, palam factum est, vergl. auch l. 9 Cod. de distr. pig. 8. 27. parebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri potest.

Die actio pigneraticia directa geht überhaupt nur auf ein etwa vorhandenes superfluum, die Pfandschuld selbst ist nothwendig durch die Perception des entsprechenden Kaufpreisbetrages getilgt, sors extenuata.

l. 3 l. 20 Cod. de distr. pign. 8. 27. l. 24 § 2 Dig. de pign. act. 13. 7.; vergl. l. 2 Cod. de partu pign. 8. 24.

Daher wird die Perception des Pfanderlöses auch ganz mit Recht unter die Categorie der Erfüllung gestellt von Windscheid § 342 not. 27, wenn es auch keine directe Zahlung ist, sondern die Tilgung gewissermassen durch Reflexwirkung erfolgt.

Für die meist (s. S. 80) behauptete völlige Gleichstellung der Bedeutung der Perception des Pfanderlöses und der exactio Seitens des Forderungspfandgläubigers pflegen zwei Stellen angeführt zu werden:

l. 10 Cod. de obligat. et action. 4. 10.

adversus debitorem electis pignoribus personalis actio non tollitur, sed eo, quod de pretio servari potuit, in debitum computato de residuo manet integra

und l. 3 Cod. de luit. pig. 8. 30.

si reddita debita quantitate vel rebus in solutum datis sive distractis compensato pretio satis ei (dem Pfandgläubiger) factum probaveris et cet.

Aber die erste Stelle spricht nicht von einem Compensiren des Pfanderlöses, sondern vom Computiren desselben auf die Pfandschuld; sie könnte also nur beweisend sein, wenn festgestellt wäre, dass Compensiren und Computiren vollständig gleichbedeutend seien. Das wird wohl auch kaum von den Gegnern behauptet werden. Wenn hingegen, wie erwähnt, das Computiren eine blosse Rechnungsoperation bezeichnet, ein Zusammenrechnen, Berechnen bezw. Anrechnen, in welcher Bedeutung das Wort in den Quellen unzweifelhaft ausserordentlich häufig

vorkommt, so spricht gerade diese erste Stelle für die von uns vertheidigte Meinung. In der zweiten Stelle aber ist überhaupt nicht die Rede von einer Anrechnung des Pfanderlöses auf die Pfandschuld, sondern, wie die Zusammenstellung mit den rebus in solutum datis beweist, von dem Falle, wo der Pfandschuldner selbst durch Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt oder dadurch, dass er solche resp. die Pfandsache an den Pfandgläubiger verkauft und vertragsmässig den Kaufpreis mit der Pfandschuld compensirt, die letztere deckt, also von einem wirklichen Compensationsfalle.

Römer, die Leistung an Zahlungsstatt S. 12.

Ein erhebliches Argument für unsere Auffassung bietet der zweite Theil der schon oben (Seite 99 Anm. 1) erwähnten l. 96 § 3 Dig. de solut. 46. 3. (Papinianus IX. resp.).

> quod si temporibus discretis superfluum pignorum obligari placuit, prius debitum pretio pignorum jure solvetur, secundum superfluo compensabitur[1]).

Der Fall ist der, dass derselbe Pfandgläubiger für mehrere ihm gegen denselben Schuldner zustehende Forderungen zu verschiedenen Zeiten sich dieselbe Sache hat verpfänden lassen. Er hat also für das prius debitum d. h. die durch die erste Verpfändung gesicherte Schuld erste, für die zweite Schuld zweite Hypothek. Hier sagt nun unsere Stelle[2]), dass die frühere Schuld durch den Pfanderlös getilgt, also von Rechtswegen aufgehoben wird. Dagegen heisst es von der zweiten Hypothek, für welche nun noch das superfluum des Kaufpreises übrig bleibt, dass sie mit diesem superfluum compensirt werde. Allerdings hängt diese Entscheidung zusammen mit der geschichtlichen Entwickelung der Nachhypothek im Römischen Recht, wonach ursprünglich auch dem Ausdrucke nach zunächst nur das superfluum dem zweiten Hypothekarier verpfändet war,

---

[1]) Ob man, wie Mommsen vorschlägt, die Worte von „superfluum" bis „placuit" streicht, ist für den hier in Betracht kommenden Sinn der Stelle gleichgiltig.

[2]) Vergl. l. 15 Dig. quib. mod. pign. solv. 20. 6, wo dasselbe Verhältniss dadurch herbeigeführt wird, dass sowohl der erste als auch der zweite Pfandgläubiger von derselben dritten Person beerbt wird.

vergl. Dernburg, Pfandrecht II. S. 480 ff.

aber für unseren Zweck ist die Stelle doch wegen des Gegensatzes von jure solvi und compensari von Bedeutung; dies um so mehr, als der verkaufende Pfandgläubiger zugleich erster und zweiter Hypothekarier und das superfluum mit dem gesammten Kaufpreise in sein Eigenthum gekommen ist, also der Fall sehr ähnlich liegt, wie wenn der Forderungspfandgläubiger eingehoben hat, wenn auch in unserer lex nicht von einem secum pensare gesprochen wird, sondern rein passiv von compensari. Wie mir scheint, liegt die Sache hier so, dass der Pfandgläubiger das superfluum, welches er in der Eigenschaft als erster Pfandgläubiger ins Eigenthum erworben hat und das er behalten kann, weil der Anspruch auf Herausgabe desselben ihm selbst als zweitem Pfandgläubiger gegen sich selbst zusteht, auf die zweite Pfandforderung bei sich selbst compensirt.

Eine Untersuchung über die inneren Gründe der verschiedenen Wirkung von Perception des Pfanderlöses und exactio würde hier zu weit führen, da dabei näher auf die Verschiedenheit zwischen Sachenpfandrecht und Forderungspfandrecht eingegangen werden müsste. Von der modernen Theorie und namentlich von den Richtungen derselben, welche in verschiedener Weise bestrebt sind, für alles Pfandrecht einen einheitlichen Begriff aufzustellen

vergl. hierüber Dernburg, Pandecten I. § 261. not. 2.

werden die wirklich vorhandenen Verschiedenheiten, wie mir scheint, mitunter zu gering angeschlagen.

In Beziehung auf unsere These möchte ich Folgendes hervorheben. Wenn wir von Ausübung des Pfandrechts sprechen, so besteht solche beim Forderungspfandrecht vorzugsweise, wenn nicht ausschliesslich in der exactio, behufs welcher dem Pfandgläubiger die actio utilis gegen den Drittschuldner gegeben ist. Der exactio mag man beim Sachenpfandrecht, als dem Zwecke nach entsprechenden Ausübungsact, die Vornahme des Verkaufs an die Seite setzen, nicht aber die Einziehung des Kaufpreises. Die letztere erfolgt nicht in Ausübung des Pfandrechts, welches da meistens schon zerstört ist, sondern proprio jure, gerade wie derjenige, welcher, ohne Pfandgläubiger zu sein, eine fremde Sache verkauft hat, sein Forderungsrecht auf Bezahlung des

Kaufspreises gegen den Käufer aus eigenem Rechte hat und ausübt. Wenn nun doch der Perception des Kaufpreises, ita ut auferri non possit, tilgende Wirkung in Bezug auf die Pfandforderung zugeschrieben wird, so muss dieselbe von dem Bestehen eines Pfandrechts des verkaufenden Gläubigers und von einer Pfandrechtsausübung desselben ganz unabhängig sein. Dies wird in der That vollständig bestätigt durch die Erörterungen, welche uns Tryphoninus in der l. 12 § 1 Dig. de distract. pig. 20. 5. über den Fall gibt, wo der Gläubiger eine ihm verpfändete fremde Sache verkauft hat, an welcher er also niemals Pfandrecht gehabt hat. Dennoch wird durch die Perception des Kaufpreises die Forderung des Pfandgläubigers gegen den verpfändenden Schuldner getilgt und letzterer von diesem seinem Gläubiger befreit [1]). Ganz anders würde die Wirkung sein, wenn ein dem Forderungsverpfänder nicht zustehendes nomen verpfändet worden wäre. Hier würde der zahlende Drittschuldner praesumtiv die condictio indebiti gegen den einhebenden Forderungspfandgläubiger haben, und die Forderung des letzteren gegen den Pfandschuldner würde nicht aufgehoben sein. Da die tilgende Wirkung der Perception des Pfanderlöses unabhängig ist von dem Pfandrechte des Verkäufers und rein objectiv davon abhängt, dass der Kaufpreis von ihm eingenommen ist und bei ihm verbleibt, so erscheint diese Aufhebung der Pfandforderung mittelst Perception als eine Art von Reflexwirkung der letzteren.

Vergl. Ihering, die Reflexwirkungen, in seinen dogmatischen Jahrbüchern B. X. speciell S. 253 ff. 263, 268, 275, 285, 288, 292, 297, 300, vergl. auch derselbe, die active Solidarobligation, ebendaselbst B. XXIV. S. 136, S. 152 not. 1.

Daraus erklärt es sich, dass die liberirende Wirkung der Perception weder von dem verkaufenden Pfandgläubiger, ausser wenn er in der Lage ist, den Verkauf selbst wieder aufheben zu können, noch von dem Pfandschuldner, ausser im Wege der restitutio in integrum, ausgeschlossen werden und dass sie auch

---

[1]) Ob und inwiefern er dem evincirten Pfandkäufer haftbar werden kann, ist eine andere Frage.

durch Vereinbarung dieser beiden nicht beseitigt werden kann; dem entspricht, dass in den Quellen das Resultat der Perception mehrfach gerade bezeichnet wird als ein debitori ad liberationem proficere, prodesse.

l. 12 § 1 Dig. de distr. pignor. 20. 5.; vergl. auch l. 49 Dig. de solut. 46. 3.

Adminiculirende Momente für die Verschiedenheit zwischen der exactio des Forderungspfandgläubigers und der Vereinnahmung des Pfanderlöses sind, dass der Forderungspfandgläubiger nach Römischem Recht blos das jus exigendi hat, nicht das jus vendendi, und dass auch die obligatorischen Verhältnisse bei dem pignus nominis nicht völlig die gleichen sind, wie bei der Sachverpfändung. In Betreff der Sachverpfändung steht es fest, dass der Pfandgläubiger in keiner Weise genöthigt werden kann, sein Verkaufsrecht auszuüben, dass es ihm völlig freisteht, ob und wann er verkaufen will. Dagegen dem Forderungspfandgläubiger wird man die Pflicht, diligenter zu exigiren, auflegen und ihn verantwortlich machen müssen, wenn er dies schuldvoll verabsäumt. Beides ist allerdings bestritten, aber, in Ermangelung von Quellenzeugnissen, reicht die blosse Analogie der Sachenverpfändung nicht aus, wo immer Gründe für die Verschiedenheit von Sachen- und Forderungsverpfändung sprechen. Dies ist der Fall und nach beiden Richtungen gerade auch von modernen Gesetzgebungen die Verschiedenheit anerkannt. Was den obenerwähnten zweiten Punct, die Verpflichtung des Forderungspfandgläubigers zum diligenten Exigiren anlangt[1]), so spricht für dieselbe der Umstand, dass der Sachverpfänder dasjenige Recht, welches der Pfandgläubiger behufs Ausübung seines Pfandrechts empfängt, nämlich das jus vendendi, neben demselben behält, während bei der Forderungsverpfändung dem Verpfänder, solange als das Pfandrecht besteht, sein jus exigendi, welches dem Pfandgläubiger übertragen wird, völlig entzogen und lahm gelegt wird. Gibt man dem Forderungspfandgläubiger völlige Freiheit, nach seinem Belieben zu exigiren oder nicht zu exigiren, so stellt man den Forderungsverpfänder practisch erheblich schlechter, als den Sach-

[1]) Vergl. jetzt Dernburg, Pandecten I. § 293 not. 7 a. E.

verpfänder, da die dem ersteren verbleibende Möglichkeit, die verpfändete Forderung zu cediren, ihm anerkanntermassen kein dem Verkaufsrecht des Sachverpfänders entsprechendes Aequivalent zu bieten vermag[1]).

Den ersterwähnten Punct anlangend, so ist gerade in neuerer Zeit mehrfach gelehrt worden, dass dem Forderungspfandgläubiger nur das jus exigendi, nicht das jus vendendi zustehe.

Exner, S. 164 ff. Hellwig, S. 33. 161 ff.

Dieser letztere Satz soll übrigens auch von mir nur in dem Sinne behauptet werden, dass das jus vendendi nicht schon im Forderungspfandrecht an sich enthalten und kein naturale desselben ist, sondern erst durch besondere Parteiverabredung demselben hinzugefügt werden muss bezw. nur vom Gericht und nach dessen Ermessen ausgeübt werden kann[2]).

Ein Quellenbeweis für die entgegengesetzte herrschende Ansicht ist anerkanntermassen nicht zu führen. Einzig die l. 7 Cod. de hered. vel act. vend. 4. 39. kann allenfalls und pflegt dafür angezogen zu werden[3]). Diese lex kann aber dreierlei besagen. Einmal, dass dem Forderungspfandgläubiger eine actio utilis gegen den Drittschuldner gegeben werde, wie dem Käufer einer Forderung gegen den debitor cessus; dem steht entgegen, dass die utilis actio des Forderungspfandgläubigers älter ist als die des Käufers eines nomen und letztere nach der Analogie der ersteren zugelassen worden ist, nicht umgekehrt. Die zweite Erklärung ist, dass, wenn der Forderungspfandgläubiger das verpfändete nomen verkauft habe, dem Käufer dieses nomen die utiles actiones gegeben werden, wie bereits die classischen Juristen derartige Klagen dem Pfandgläubiger selbst gegeben hatten; gegen diese Erklärung spricht, dass das Verkaufsrecht

[1]) Vergl. auch die Vorschrift der R. C. Proc.-Ordn. § 741.

[2]) Dies war der Gesichtspunct, welchen schon das Römische Recht in Betreff des pignus nominis in causa judicati capti innehielt und welcher auch heutzutage in der Behandlung gerichtlich gepfändeter Geldforderungen hervortritt. R. C. Proc.-Ordn. § 736 Abs. 1. § 743.

[3]) l. 7 Cod. de hered. vel act. vend. 4. 39. (Diocletianus und Maximianus) postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

des Pfandgläubigers, welches doch erst bewiesen werden soll, durch die blossen Worte „post venditionem nominis“ als unzweifelhaft schon bestanden habend vorausgesetzt wird.

Es ist aber noch eine dritte Auffassung der Stelle möglich: Nachdem man — und zwar schon vorlängst — dahin gekommen ist, Forderungen zu verpfänden und auch, was bekanntlich durch Rescripte etwa aus der Mitte des dritten Jahrhunderts geschehen sein muss,

l. 2 Cod. de obl. et act. 4. 10.

auf Grund des Verkaufs eines nomen dem Käufer actiones utiles zu geben, hat es angemessen geschienen, wie dem Käufer des nomen, so auch einem etwaigen Pfandgläubiger dieses Käufers actiones utiles zu geben. Dies letztere ausdrücklich zu statuiren, nämlich dass auch der Cessionar, der Käufer einer Forderung, obwohl er doch kein eigenes Forderungsrecht, sondern blos eine, wenn auch suo nomine anzustellende, utilis actio hatte, seinerseits weiter verpfänden könne und seinem Forderungspfandgläubiger ebenfalls actiones utiles gegeben würden, war keineswegs überflüssig; denn was das Römische Recht anbetrifft, haben wir keinerlei Zeugniss dafür, dass der Cessionar seine utilis actio an einen Anderen habe weiter cediren können mit der vollen Wirkung, dass dieser Andere wieder eine zweite utilis actio und nicht blos eine actio mandata erhalten habe. Die einzige Stelle, welche dafür angezogen wird [1]), die l. 33 Cod. de donat. 8. 53. (54.), rührt erst von Justinian her und beweist die Zulässigkeit der Weitercession nicht, ja sie spricht eher dagegen.

Wir finden es freilich sehr natürlich und selbstverständlich, dass jeder Cessionar auch weiter cediren kann und der zweite Cessionar nun ebenfalls eigenes Recht und actio suo nomine erhält. Für die Römer aber musste die Zulassung von utiles actiones für einen zweiten Cessionar schon formell Schwierigkeiten darbieten, und es ist sehr wahrscheinlich, dass der erste Cessionar, wenn er weiter cediren wollte, den zweiten nur zu seinem procurator in rem suam machen konnte, und der letztere auch im späteren Rechte nicht eine eigene utilis actio hatte,

[1]) Windscheid, Pandecten II. § 331. not. 2.

sondern mit der ihm mandirten actio utilis des ersten Cessionars klagen musste. Wenn die lex 33 Cod. de donat. irgend etwas für die Weitercession beweist, so beweist sie sicher für die blosse mandata actio des zweiten Cessionars; denn erst durch diese lex wird demjenigen, welchem eine Forderung schenkungsweise abgetreten worden ist, die gleiche Rechtsstellung wie anderen Cessionaren verliehen und ihm namentlich erst durch diese lex die Befugniss zugestanden, so wie andere Cessionare auch ohne Litiscontestation procuratorem cessarum sibi per donationem actionum dare.

IX.

Geld kann in specie verpfändet werden, aber auch so, dass das Eigenthum und die Gefahr sofort auf den Empfänger übergeht. Der wichtigste Fall dieser Art ist die Geldcaution (Baarcaution). Darüber, dass hier ein pignus irregulare vorliegt, bei welchem das Eigenthum am Gelde auf den Pfandgläubiger übergeht, kein depositum irregulare oder Darlehn, ist man jetzt ziemlich einig.

> Windscheid, Pandecten I. § 226 a. not. 2. Dernburg, Pandecten I. § 272 not. 10, bei welchen auch die Literatur.

Dagegen wird dieses Rechtsverhältniss der Baarcaution bekanntlich sehr verschieden construirt. Pfaff (Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung S. 35 und a. a. O.) construirt so, dass der Cautionsempfänger ein Forderungspfandrecht erhält an der gegen ihn selbst gerichteten Forderung des Cautionsbestellers auf dereinstige Rückgabe der Cautionssumme, also an der actio pigneraticia directa des Bestellers. Die Geltendmachung dieses Forderungspfandrechts erfolgt dann durch Abrechnung der sicher gestellten Forderung (der etwaigen Ersatzposten) von der auf Rückerstattung der Caution gerichteten Forderung des Bestellers.

Exner (Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 173 ff.) nimmt pendentes Pfandrecht an dem Leistungsobject dieser Rückerstattungsforderung des Cautionsbestellers gegen den Empfänger an, welches Eventual-Pfandrecht der Empfänger sich

aber später erst selbst schaffen muss, indem er die Rückzahlung und pfandweise Beschlagnahme der Caution beziehungsweise der Cautionsquote ins Werk setzt (Exner, S. 183 und 186).

Hanausek in der Beilage zu seiner „Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch" S. 161 ff. insbes. S. 179 und 172 erklärt die Cautionsbestellung für einen Innominatcontract und findet in dem Cautionsvertrage, sofern er die künftige Abrechnung betrifft, ein pactum de compensandis nominibus, einen Vertrag über die künftige Compensation der etwaigen Ersatzposten mit dem Rückforderungsanspruche des Cautionsbestellers.

Es fragt sich, ob man nicht das Rechtsverhältniss bei der Geldcaution am einfachsten und befriedigendsten mit Hilfe unseres secum pensare construiren wird.

Der Pfandgläubiger, welchem eine auf Geld gehende Forderung verpfändet ist und welcher dieselbe eingehoben hat, erlangt das Eigenthum an dem Eingehobenen mit dem Recht und der Pflicht, dasselbe auf seine Pfandforderung aufzurechnen. Was erhält er damit anderes, als was der Empfänger einer Geldcaution schon durch die Bestellung derselben erhält? Insbesondere tritt die Verwandtschaft der beiden Fälle dann hervor, wenn der Forderungspfandgläubiger vom Drittschuldner Zahlung vor der Fälligkeit der Pfandforderung erhalten hat oder wenn die Pfandforderung nicht auf Geld, sondern zunächst auf etwas anderes, z. B. ein Thun, geht, dessen Geldwerth erst herausgestellt sein muss, damit von einer Aufrechnung des eingezogenen Betrages auf die Pfandforderung die Rede sein kann. Für den ersterwähnten Fall legt jetzt auch Dernburg, Pandecten I. § 293 not. 7, den Gesichtspunct der Geldcaution an. Der Unterschied zwischen der Bestellung einer Geldcaution und der Einhebung von Geld Seitens des Forderungspfandgläubigers liegt im Grunde nur darin, dass der Forderungspfandgläubiger das Geld sich selber von einem Dritten verschafft, welches der Cautionsempfänger direct vom Besteller erhält, und dass bei der Geldcaution zwischen dem Empfang und der künftigen Aufrechnung fast immer ein längerer zeitlicher Zwischenraum existiren wird, während der einhebende Pfandgläubiger regelmässig sofort in der Lage ist, mit sich selbst aufzurechnen.

Die Constructionen Pfaff's und Exner's, welchen mit Recht schon ihre übergrosse Künstlichkeit vorgeworfen worden ist [1]), erledigen sich von selbst bei Annahme unserer Auffassung. Pfaff ist übrigens dem wahren Gesichtspuncte schon nahe gekommen; er führt S. 42 seiner Schrift die beiden pfandrechtlichen Stellen über das secum pensare ebenfalls an; er erklärt S. 52, dass die Aufrechnung bei der Geldcaution ihrem Wesen nach von der nothwendigen (d. h. gerichtlichen) Compensation völlig verschieden sei, und entwickelt sodann die zwischen diesen beiden Compensationen bestehenden Unterschiede in wesentlich zutreffender Weise. Aber da er nicht erkennt, dass in dem secum pensare eine Erwerbscompensation vorliegt, und für jede Compensation ein invicem deberi nöthig zu haben glaubt, so wird er zu seiner Construction der Verpfändung einer gegen den Cautionsempfänger selbst gerichteten Forderung auf Rückgabe und zu der Vorstellung geführt, dass der Cautionsempfänger seinerzeit seine Ersatzforderungen gegen diese ihm verpfändete Rückgabeforderung compensire. Ebenso beruht das pactum de compensando Hanausek's auf der Annahme, dass nach Beendigung des durch die Geldcaution gesicherten Verhältnisses sich Forderung auf Rückgabe der Caution und auf Ersatzposten gegenüberständen und kraft des pactum durch gewöhnliche Compensation aufgehoben würden.

Eine solche Forderung auf Rückgabe kommt aber so wenig bei der Geldcaution, wie bei der Einziehung des verpfändeten nomen überhaupt zur Entstehung, ausser auf einen etwaigen Ueberschuss der Caution über den auf die Ersatzposten zu compensirenden Betrag. Das Aufrechnen Seitens des Cautionsempfängers hebt daher nicht eine schon bestehende Gegenforderung auf Rückgabe der Caution auf, sondern schliesst ihr Entstehen aus und ist eben deshalb keine gewöhnliche Compensation, sondern ein secum pensare. Wenigstens ähnlich scheint auch die Ansicht Windscheid's zu sein, wenn derselbe in den Pandecten I. § 226a. not. 2 sagt: „Der Pfandgläubiger (Cautionsempfänger), wenn er für seine Forderung nicht befriedigt wird, ist einfach deswegen nicht verpflichtet

[1]) Windscheid a. a. O.; Hanausek, S. 166 und 168.

zur Rückgabe der ihm gezahlten Geldsumme, weil der mit ihm abgeschlossene Vertrag ihn nur für den Fall hat verpflichten wollen, dass er befriedigt werden sollte. Wird er nicht befriedigt, so ist er ebensowenig verpflichtet, wie in diesem Falle der Empfänger einer fiducia verpflichtet war." Allerdings scheint es, nach dem Citat der l. 16 Dig. de solut. 46. 3. zu urtheilen, dass Windscheid die Auszahlung der Cautionssumme als ein im voraus geschehendes Hingeben solvendi causa auffasst, dergestalt dass, wenn Ersatzposten entstehen, diese sofort und eo ipso durch den entsprechenden Cautionsbetrag getilgt würden. Hierin würde ich Windscheid nicht folgen können, da nach meiner Auffassung die Tilgung erst durch das secum pensare des Cautionsempfängers erfolgt.

Es wird genügen, meine Auffassung in Betreff der Geldcaution an einigen der wichtigsten Consequenzen darzulegen, wobei ich den einfachsten Fall vor Augen habe, dass der Schuldner selbst es ist, welcher die Baarcaution bestellt hat. Da Eigenthum übergeht, so liegt ein pignus irregulare vor, welches zur Sicherung und eventuell zur Deckung der aus dem cautionsgesicherten Verhältnisse, z. B. dem Dienst- oder Pachtvertrage, entspringenden künftigen Ansprüche dienen soll. Das Rechtsverhältniss in Betreff der Caution zwischen Besteller und Empfänger richtet sich nach den Grundsätzen über den contractus pigneraticius. Die actio directa auf Rückgabe kann nicht wirksam werden vor Beendigung des cautionsgesicherten Verhältnisses oder vor Verzicht des Empfängers auf Sicherung durch die Caution, aber auch nach der Beendigung nur, wenn keine Ersatzposten entstanden oder die entstandenen bereits anderweit getilgt sind oder ein Ueberschuss der Caution über die etwaigen Ersatzposten vorhanden ist. Wegen bei der Auflösung des Verhältnisses noch nicht erledigter Ersatzposten hat der Cautionsempfänger Recht und Pflicht, mit sich zu compensiren, er kann ihre Baarauszahlung nicht fordern. Während der Dauer des cautionsgesicherten Verhältnisses braucht er auf entstandene Ersatzposten praesumtiv nichts aufzurechnen und kann daher Baarzahlung oder mit der contraria pigneraticia Ergänzung der Caution verlangen. Da im pignus irregulare ebenso, wie in anderen irregulären Contracten z. B. dem depositum irregulare,

ein in creditum abire Seitens des Bestellers liegt, so kann eine Verzinsung der Caution verabredet werden, und schon nach Römischem Recht würden diese Zinsen mittelst der actio pigneraticia directa klagbar gewesen sein. Wenn der Cautionsempfänger dem Besteller eine Gegencaution bestellt, so ist dies ganz zulässig; es liegt darin einfach die Bestellung eines Pfandrechts für eine futura obligatio, nämlich den pigneratorischen Anspruch, welcher auf Rückgabe der Caution oder des nach der secum pensatio verbleibenden Restes dem Besteller künftig möglicherweise erwachsen kann. Es ist sicher ein Vortheil, damit der Construction Pfaff's (S. 71) zu entgehen, wonach die vom Cautionsempfänger bestellte Gegencaution diesem selbst als accessorium einer ihm verpfändeten gegen ihn selbst gerichteten Forderung verpfändet sein würde.

Ebenso, wenn der Cautionsbesteller einem Dritten seinen eventuellen Anspruch auf Rückgabe der Caution verpfändet (Pfaff S. 53. 54. 72), so liegt einfach die Verpfändung einer künftigen Forderung vor, nicht eine zweite Verpfändung einer dem Cautionsempfänger schon an erster Stelle verpfändeten Forderung gegen diesen selbst. Der Pfandnehmer ist daher diesfalls nicht Nachhypothekarier hinter dem Cautionsempfänger, sondern erster Pfandgläubiger in Betreff der künftigen Rückgabeforderung, kann aber selbstverständlich sein jus exigendi erst ausüben, wenn überhaupt etwas vom Cautionsempfänger zu exigiren ist, d. h. wenn dieser dermaleinst den Cautionsbetrag oder einen Rest desselben zurückzugeben hat.

Siehe auch Hanausek S. 176. 177.

Die von Pfaff S. 72 angenommene Möglichkeit der Afterverpfändung durch den Cautionsempfänger ist natürlich nicht vorhanden, da dem letzteren gar nicht eine Forderung, auch nicht gegen sich selbst, sondern einfach die Cautionssumme irregulariter verpfändet ist[1]).

Pfaff bemerkt ganz richtig S. 48, dass bei der Baarcaution eigentlich nur der Cautionsempfänger mit sich selbst compensirt und der Cautionsbesteller kein Compensationsrecht hat. Er erklärt dies damit, dass der Besteller schon durch die Be-

[1]) S. die Recension der Schrift Pfaff's im Archiv für pract. Rechtswissenschaft N. F. VI. p. 213.

stellung der Caution auf sein Compensationsrecht verzichtet habe; nach der hier vorgetragenen Auffassung versteht es sich von selbst, dass nur der Cautionsempfänger compensirt, weil das secum pensare Erwerbscompensation und deshalb nothwendig einseitiger Act des Erwerbers ist, der Besteller der Caution aber weder einen Erwerb noch vorderhand eine Forderung auf Rückgabe hat und es auch ganz ungewiss ist, ob er eine solche und in welchem Betrage er sie jemals erlangen wird.

Desgleichen erledigt sich die Schwierigkeit, welche Pfaff S. 54. 55 sich selber macht, nämlich dass der Cautionsempfänger seine fälligen Forderungen auf die Caution abrechnen kann, ehe die Forderung auf Rückgabe der letzteren fällig ist, dadurch, dass der Cautionsempfänger diesfalls den von ihm schon durch Bestellung der Caution gemachten Erwerb auf seine bereits fälligen Ersatzposten aufrechnet.

Im Concurs des Cautions-Bestellers oder Empfängers werden die oben S. 96 für das secum pensare beim Forderungspfandrechte entwickelten Grundsätze gelten. Danach kann der Cautionsempfänger nur dann einen Verlust erleiden, wenn seine Ersatzposten den Betrag der Caution übersteigen. Der Besteller der Caution kann Verlust haben, wenn keine Ersatzposten vorhanden sind, welche der Besteller und jetzt der Concursverwalter bei sich compensiren müsste.

Dass endlich der Empfänger die Caution zunächst nur aufrechnen kann auf diejenigen Forderungen, zu deren Sicherheit dieselbe bestellt ist, und dass andererseits der Cautionsbesteller den Empfänger nicht nöthigen kann, sich wegen anderweitiger Forderungen, die der letztere gegen den Besteller erlangt, aus der Caution zu decken, erklärt sich vollkommen aus der Natur alles secum pensare, wonach der zu compensirende Erwerb eine durch die Art des zwischen den Betheiligten bestehenden Rechtsverhältnisses gegebene Beziehung zu bestimmten Ansprüchen hat. S. S. 32 u. 97 a. E.

Vergl. Pfaff, S. 55, Hanausek, S. 178[1]).

[1]) Hanausek spricht hier von einem privilegirten Compensationsrecht des Empfängers und des Bestellers der Caution; dem letzteren steht aber nach dem oben Bemerkten ein Compensationsrecht überhaupt nicht zu.

In Betreff solcher Forderungen zwischen Cautions-Besteller und Empfänger, welche nicht aus dem cautionsgesicherten Rechtsverhältnisse stammen, tritt Recht und Pflicht zur Compensation erst ein, wenn die Caution oder ein Rest derselben dem Besteller zurückzugeben ist. Da sich dann in der That beiderseits fällige Forderungen und Gegenforderungen gegenüber stehen, so liegt ein Fall der gewöhnlichen Compensation vor, und es greifen die für diese geltenden Regeln für beide Theile Platz. Vergl. Pfaff, S. 56. not. 117.

X.

Die Frage liegt nahe, ob neben seinem materiellrechtlichen Effecte das secum pensare und compensare auch noch eine besondere processuale Bedeutung gehabt habe, wenigstens für den Formularprocess der classischen Zeit. Die Geschichte der processualen Behandlung der Compensation ist trotz aller darauf gerichteten Bemühungen noch keineswegs aufgeklärt und bietet gerade für die Zeit, aus welcher die sämmtlichen von uns oben sub I.—V. zusammengestellten Stellen herrühren, also für die Zeit von der Mitte des zweiten bis in die Anfangsdecennien des dritten Jahrhunderts die erheblichsten Schwierigkeiten dar. Denn bald nach dem Beginn jenes Zeitraumes ist jenes rescriptum divi Marci erlassen worden, ex quo et in strictis judiciis opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur (§ 30 Inst. de action. 4. 6.), an welches Rescript sich jetzt schon fast eine ganze Literatur angesetzt hat.

Unsere Stellen bieten einen directen Hinweis auf die processuale Behandlung des secum compensare nicht dar[1]). Mehr als eine Hypothese lässt sich darüber schwerlich aufstellen und mehr als die Aufstellung einer Hypothese soll hier auch nicht versucht werden.

Diese meine Hypothese geht dahin, dass in den Fällen, wo von Jemandem gesagt wird, dass er mit sich compensiren müsse, gegenüber einer Klage desselben aus der Forderung, auf welche er mit sich zu compensiren hatte, auch noch nach dem Rescript Marc Aurels nicht eine exceptio doli Platz

[1]) S. jedoch oben S. 77.

griff, sondern von ihm verlangt wurde, dass er, falls er klagen wollte, compensatione facta klagen müsse. Klagte er das Ganze ein, ohne mit sich zu compensiren, so hatte er mehr, als ihm gebührte, eingeklagt und sofern hierin nach der Art der angestellten Klage eine eigentliche plus petitio lag, trat als Folge derselben das causa cadere ein.

Die Combinationselemente für diese Hypothese würden sein: die beiden Pfandrechtsstellen, l. 13 § 2 Dig. de pignor. 20. 1. und l. 18 pr. Dig. de pigner. act. 13. 7., die l. 38 Dig. de jur. dot. 23. 3.[1]), sowie der Schluss der bekannnten Stelle aus den Sentenzen des Paulus (II. 5. 3.):

> compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis,

vielleicht auch der Schluss der l. 101 § 1 Dig. de solut. 46. 3. (Paulus im 15. Buche der Responsen)

> et ideo deducto eo (des vom verkaufenden Pfandgläubiger vereinnahmten und zu verrechnen gewesenen Kaufpreises) debitum peti potest.

Endlich könnte man noch hinzuziehen l. 19 § 3 Dig. de probat. 22. 3. (Ulpian im 7. Buche der Disputationen.)

> idem erit dicendum et si ea pecunia petatur, quae pensata dicitur.

Auszuscheiden ist die von Africanus, also jedenfalls aus der Zeit vor dem Rescript Marc Aurels herrührende l. 33 Dig. solut. matr. (s. oben S. 40). Hier ist eine Klage des Mannes, von welchem gesagt wird, dass er secum pensasse intellegitur, überhaupt nicht denkbar, weil sie wegen der Confusion gegen ihn selbst gerichtet sein müsste.

Ich meine nun nicht gerade, dass der secum pensans in demselben Sinne, wie der argentarius, cum compensatione habe klagen müssen, also mit der Formel: amplius quam Aulus Agerius Numerio Negidio debet[2]).

Gaj. IV. 64. Vergl. Lenel, edict. perpetuum S. 202.

---

[1]) Diese drei abgedruckt oben S. 5. 6 unter I. und S. 70 unter V.

[2]) Es wäre übrigens wohl möglich, dass, wenn z. B. ein Forderungspfandgläubiger, welcher auf seine Forderung von 10000 von dem Drittschuldner 5000 eingehoben gehabt und nun bereits in jure erklärt hätte, dass er diese eingehobenen 5000 mit sich selbst compensire, eine

Das ist schon deshalb zu verwerfen, weil der secum pensans dem von ihm Verklagten noch nichts schuldet, sondern nur einen von ihm gemachten Erwerb aufzurechnen hat. Ich meine aber, dass derjenige, welcher z. B. als exigirt habender Forderungspfandgläubiger mit sich zu compensiren verpflichtet war, compensatione facta, also nach bei sich vorgenommener Abrechnung klagen und daher, falls er eine formula pura verlangte und erhielt, seine intentio lediglich auf den übrig bleibenden Saldo stellen musste. Wenn er aber das Ganze petirte (in einem strictum judicium), ohne den entsprechenden Abzug berücksichtigt zu haben, so verlor er auch nach dem Rescript Marc Aurels den Process wegen plus petitio, causa cadebat.

Dazu würde dann der oben erwähnte Schluss von Paulus (sent. II. 5. 3.) sehr gut passen: der Kläger müsse compensiren; sonst, wenn er auf das Ganze klage, cadire er causa. Freilich ist in dieser vielbesprochenen und vielbestrittenen Stelle [1]) zunächst die Rede von Fällen der gewöhnlichen Compensation gegenüber einer stricti juris actio, in denen beide Theile sich gegenseitig ein certum ex dispari causa schuldig waren. Aber das beweist nichts gegen unsere Annahme, dass das Gleiche gegolten habe, wenn Jemand, welcher secum pensiren musste, ohne Selbstcompensation geklagt hatte. Vielmehr spricht es eher für unsere Hypothese. Denn wenn noch zur Zeit des Paulus wenigstens in gewissen Fällen [2]) der gewöhnlichen Compensation der Kläger bei Strafe

---

Formel erhalten konnte etwa folgender Art: Si paret N^m N^m A^o A^o quinque milia dare oportere amplius quam A^s A^s a Titio N^i N^i debitore exegit oder amplius exacta a Titio N^i N^i debitore pecunia (l. 13 § 2 fin. Dig. de pignor. 20. 1.) N^m N^m A^o A^o quinque milia c. s. n. p. a.

[1]) Siehe namentlich Eisele, Compensation S. 97 ff. 104 ff., Dernburg, Compensation S. 236 ff., daselbst auch fernere Literatur. Neuestens hat Stampe, das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris judicium S. 93 ff., das causa cadere im Schlusssatz der Stelle durch die Annahme zu beseitigen versucht, jener Schlusspassus der uns lediglich aus dem Breviar überlieferten Stelle sei dort in interpolirter Form aufgenommen und der ursprüngliche Text habe im Falle des totum petere die exceptio doli wirksam werden lassen.

[2]) Mit Brinz (Recension von Eisele, Krit. Vierteljahrsschrift B. XIX. S. 338 ff. 341) nehme ich an, dass das Rescript Marc Aurels nicht alle

des causa cadere compensiren musste und nicht das Ganze einklagen durfte, ohne dem Nachtheile des causa cadere zu verfallen, so musste dieses noch viel angemessener erscheinen, wenn der Kläger secum zu compensiren hatte. Denn, da er hier nicht eine ihm möglicherweise unbekannte Gegenforderung des Beklagten aufzurechnen hatte, sondern einen Erwerb, welchen er selbst gemacht hatte, so konnte ihm mit vollem Recht zugemuthet werden, dass er gleich anfangs erklärte, denselben bei sich aufrechnen zu wollen. Das secum pensare ist in erster Linie nicht sowohl ein Recht, als vielmehr eine Pflicht des Gläubigers (vgl. S. 32); er verletzt diese Pflicht, wenn er, ohne mit sich zu compensiren, das Ganze einklagt. Aehnlich, wie in l. 31 § 1 Dig. de hered. pet. 5. 3. von dem praedo gesagt wird, welcher an die Erbschaft, die er in Besitz genommen hat, Forderungen hatte, deren Tilgung im Interesse des wahren Erben lag, ipsum sibi vel solvisse vel debuisse solvere, wird man auch von dem zur Selbstcompensation verpflichteten und doch das Ganze ohne Aufrechnung einklagenden Pfandgläubiger sagen können: er habe mit sich selbst compensirt oder wenigstens: er hätte mit sich selbst compensiren sollen.

Was sich aus l. 38 Dig. de jur. dot. 23. 3. (s. nu. V.) etwa für die processuale Behandlung des secum compensare gewinnen lassen würde, davon ist schon oben S. 77 gesprochen worden. Hier konnte allerdings, wegen der eigenthümlichen Natur der actio rei uxoriae und des „aequius melius" der Formel derselben, von einem causa cadere der Frau, welche ihren jussus mit sich selbst zu compensiren hatte, aber, ohne dieser ihrer Pflicht nachzukommen, die Dotalklage erhob, nicht die Rede sein, sondern nur von einer denegatio actionis Seitens des Praetor oder einer absolutio des verklagten Mannes ex officio judicis.

Aber auch hier liegt der Gedanke zu Grunde, dass es Sache und Pflicht der Frau sei, mit sich selbst zu compensiren, und dass sie dann, wenn sie überhaupt zur Anstellung der actio de dote schreitet, selbst mit sich compensiren müsse, ipsa secum debebit compensare, dem beklagten Manne aber

möglichen Fälle der Compensation im stricti juris judicium betroffen und dass daneben noch eine mit der Gefahr der plus petitio verbundene Compensation bestanden habe.

nicht zugemuthet werden könne, dass er diese Einwendung seinerseits erst opponiren müsse. Dieser Gedanke, auf das strictum judicium angewandt, wird aber auf das Ergebniss unserer obigen Hypothese führen, nämlich dass in strictis judiciis es noch nach dem Rescript Marc Aurels Fälle geben konnte, bei denen eine Compensation stattfand, ohne dass zur processualen Geltendmachung derselben eine exceptio doli des Beklagten nöthig oder auch nur angemessen war.

Zweifelhaft ist mir, ob die in L. 19 § 3 Dig. de probat. 22. 3 erwähnte exceptio pensatae pecuniae ebenfalls in diesen Zusammenhang gezogen werden kann. Nachdem sie Eisele als Einrede einer vertragsmässigen Compensation aufgefasst hatte, hat sie neuerdings Lenel, wie mir scheint entsprechender, auf den Fall gedeutet, wo ein argentarius, welcher Gegenforderungen hat, von einem seiner Clienten verklagt wird[1].

Es liesse sich aber immerhin denken, dass diese exceptio pecuniae pensatae auch auf den Fall zu beziehen wäre, wo Jemand, welcher secum pensiren musste, von demjenigen verklagt wurde, zu dessen Gunsten er mit sich aufzurechnen hatte. Supponiren wir den Fall des Forderungspfandrechts. Zwar kann hier nach dem früher Ausgeführten der Pfandschuldner den Pfandgläubiger nicht mit der actio pigneraticia directa auf Herausgabe des vom Drittschuldner eingehobenen Geldes verklagen. Dem steht schon die Formel der directa pigneraticia mit ihrer positiven Voraussetzung: eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse entgegen. Aber bei der wahrscheinlich völlig abstracten Fassung der Formel der condictio[2] certi wäre es formell immerhin möglich gewesen, dass der Pfandschuldner auf die Summe des vom Pfandgläubiger beim Drittschuldner eingehobenen Geldes schlechthin ohne Angabe irgend welcher causa mit der actio certae pecuniae geklagt und die entsprechende abstracte Formel erhalten hätte.

---

[1]) Eisele, Compensation S. 248; Lenel, das edictum perpetuum S. 402 not. 6 und 7.

[2]) Wie sie Baron neuerdings immerhin wahrscheinlich gemacht hat. Baron, Abhandlungen aus dem Römischen Civilprocess I. Die Condictionen. Siehe jetzt auch Lenel, das edictum perpetuum S. 187 not. 7 und Dernburg, Pandecten I. § 131 not. 5.

Dieser Klage gegenüber konnte es dann mindestens räthlich sein, dass der verklagte Pfandgläubiger eine exceptio pensatae pecuniae schon in die Formel inseriren liess, d. h. behauptete, dass er eine Pfandforderung gegen den Kläger habe und das von ihm vereinnahmte Geld von ihm auf diese Forderung schon bei sich aufgerechnet worden sei. Denn der Pfandgläubiger hat ja nicht blos die Pflicht, sondern auch das Recht, secum zu pensiren, d. h. den Betrag des Eingehobenen unter Aufrechnung gegen die Pfandschuld definitiv für sich zu behalten.

Endlich fragt es sich, ob nicht aus der Combination von Pauli sent. II. 5. 3 verbis:

vel deducere debes

und von l. 101 § 1 fin. Dig. de solut. 46. 3:

et ideo deducto eo (pretio) debitum peti posse,

welche Stellen beide von Paulus herrühren, sich ein Schluss ziehen liesse für den Fall, dass ein Pfandgläubiger die verpfändete Sache verkauft und den Preis dafür percipirt hat. Aus der Stelle der Sentenzen, wenn man sie nicht für interpolirt erklärt, geht sicher doch so viel hervor, dass es zur Zeit des Paulus gewisse Fälle gegeben haben muss, in denen der Kläger deduciren musste und, wenn er, ohne zu deduciren, das Ganze einklagte, den Process wegen plus petitio verlor. An ein agere cum deductione kann man hierbei nicht wohl denken, weil bei diesem kein causa cadere stattfand (Gaj. IV. 68). Andererseits kann aus den Endworten der lex 101 § 1 de solut. cit. mittelst eines argumentum a contrario der Schluss gezogen werden, dass, wenn der Pfandgläubiger für das verkaufte Pfand den Kaufpreis percipirt hatte, er nur deducto pretio seine Pfandforderung einklagen, also spätestens in jure des geschehenen Pfandverkaufs Erwähnung thun und die Verrechnung des Erlöses aufstellen musste. Klagte er die ganze Pfandforderung ein, ohne den Pfanderlös anzugeben und zu verrechnen, so galt er als plus petens und cadirte causa. Dies musste um so angemessener erscheinen, als der verkaufende Pfandgläubiger doch am besten wissen musste, was er an Kaufpreis eingenommen hatte, und als er zugleich principiell die Wahl hatte, auf welchen Theil seiner Pfandforderung oder auf welche seiner mehreren Pfandforderungen er das Verein-

nahmte verrechnen wollte. Der in lex 101 § 1 de solut. cit. besprochene Fall ist nun gerade ein solcher, bei welchem das Wahlrecht des Gläubigers von Bedeutung war; denn das verkaufte Pfand hatte für eine naturale und für eine klagbare Schuld des Pfandschuldners gehaftet. Und wenn Paulus nun sagt, dass hier, weil der Pfandgläubiger den Erlös zuvörderst auf die Naturalschuld verrechnen dürfe, deshalb deducto pretio[1]) das debitum von ihm eingeklagt werden könne, so kann er nichts anderes meinen, als dass in diesem Falle, nachdem der Kaufpreis eben auf die Naturalschuld verrechnet worden ist, das ganze klagbare debitum wirksam eingeklagt werden kann. Denn ein anderes als das klagbare debitum hätte ja überhaupt niemals petirt werden können. Darin liegt aber zugleich, dass, wenn eine andere Forderung, auf welche der Pfanderlös hätte abgerechnet werden können, nicht vorhanden war, der Pfandgläubiger die eine ihm zustehende Forderung eben nur deducto pretio wirksam einklagen konnte. Dass derselbe aber dann, wenn er ohne Abzug des Pfanderlöses klagte, causa cadirte, erscheint ganz natürlich, wenn man nach demjenigen, was oben S. 102 ausgeführt worden ist, annimmt, dass durch die Perception des Pfanderlöses die Pfandschuld schon eo ipso um den betreffenden Betrag vermindert und der Pfandschuldner insoweit liberirt worden war.

Es erübrigt noch, die in Betreff des secum pensare und secum compensare erhaltenen Ergebnisse zusammenzustellen.

Das secum pensare stellt sich dar als eine Art der Erwerbscompensation (siehe S. 2); ein Erwerb, welchen Jemand für sich bereits gemacht hat, ist von ihm aufzurechnen auf ein ihm zustehendes Forderungsrecht[2]). Weil er den ge-

[1]) Die Inserirung eines „non" vor deducto (Mommsen) scheint mir nicht nothwendig.

[2]) Auch im Falle der l. 9 § 8 Dig. de peculio erfolgt das secum compensare im Grunde auf ein Forderungsrecht, nämlich die naturale Regressorderung des Herrn gegen den subjectus; nur dass es hier seine Wir-

machten Erwerb bereits in der Hand hat, compensirt er bei sich selbst und bedarf bei dieser Selbstcompensation[1]) keiner Mitwirkung irgend eines Dritten. Das Ergebniss solcher Selbstcompensation ist, dass der secum compensans für die Forderung, auf welche compensirt wird, soweit der aufzurechnende Erwerb reicht, sich für befriedigt erachten muss, gerade so als ob er wirkliche Zahlung erhalten hätte. Auch Dritten gegenüber muss er sich nach dem vollen Betrage des aufgerechneten Erwerbs für befriedigt anerkennen und sich demgemäss behandeln lassen. (Vergl. namentlich l. 33 Dig. sol. matr. unter nu. III.) Zwischen dem aufzurechenden Erwerbe und der Forderung, auf welche aufgerechnet wird, besteht stets eine gewisse Beziehung, welche bewirkt, dass dieser bestimmte Erwerb gerade auf jene bestimmte Forderung aufgerechnet werden muss. Der Grund, auf welchem diese Beziehung beruht, ist nach Verschiedenheit der Fälle verschieden. Am deutlichsten tritt er hervor bei dem Selbstcompensiren des Forderungspfandgläubigers und des Empfängers einer Baarcaution (nu. IX), wo die gedachte Beziehung hervorgebracht ist durch das pfandrechtliche Verhältniss, welches zwischen dem Forderungspfandgläubiger und dem Verpfänder, zwischen dem Besteller und dem Empfänger der Caution besteht.

Die verschiedenen in den Quellen erwähnten Fälle des Selbstcompensirens sind nach meiner Auffassung auf zwei Hauptgruppen zurückzuführen, welche sich durch die Art des gemachten und aufzurechnenden Erwerbs unterscheiden.

Bei der ersten Gruppe ist es ein positiver Erwerb, eine directe Vermögensvermehrung, welche dem Forderungsinhaber von einer dritten Person zugekommen ist, nicht von demjenigen, welchem gegenüber er den gemachten Erwerb auf seine Forderung sich aufzurechnen hat. So ist es bei dem Forderungspfandgläubiger, welcher das vom Drittschuldner Eingehobene sich auf seine Forderung gegen den Pfandschuldner aufrechnet, und auch im Falle der lex 9 § 8 Dig. de peculio rührt der in das

kung nur entfaltet, wenn und insofern jene Regressforderung vom Herrn einer gegen ihn von einem Dritten erhobenen actio de peculio gegenüber als Deductionspost geltend gemacht wird. (Vergl. oben 33. 34.)

[1]) Dieses Ausdruckes werde ich mich jetzt der Kürze halber bedienen.

patrimonium des Herrn gekommene Erwerb her aus dem von dem subjectus mit einem Dritten geschlossenen Geschäfte und ist einem Anderen, dem Peculienkläger, gegenüber aufzurechnen.

In der zweiten Gruppe besteht der Erwerb, welcher aufzurechnen ist, in der Liberirung von einer Schuld, welche der mit sich selbst Compensirende gegen einen Anderen hatte, während auch ihm selbst gegen diesen Anderen eine Forderung zusteht (l. 38 Dig. de jur. dot. 23. 3. s. nu. V und l. 82 Dig. ad leg. Falc. 35. 2. s. nu. IV.)[1]).

Wie in den Fällen der ersten Gruppe den gemachten positiven Erwerb, so hat der Forderungsinhaber hier die von ihm erlangte Befreiung mit sich selbst zu compensiren; d. h. er muss es so ansehen, als ob er durch diese Liberation wirklich soviel in sein Vermögen erlangt hätte, als die Schuld betrug, von welcher er liberirt wurde. Ebendeshalb muss er sich hier für seine Forderung, auf welche er den Liberationserwerb zu compensiren hat, nach dessen vollem Betrage für befriedigt und gedeckt erachten, selbst wenn der wirkliche Vortheil, welchen er durch seine Befreiung erlangte, geringer war.

Dass die letztere Erscheinung, welche nur bei den Liberationscompensationen vorkommen kann, in dem Satze ihren Grund hat, dass quisque debitor ipse sibi solvendo est, ist in nu. III. und IV. S. 43 und 62 ausgeführt worden[2]).

Das Selbstcompensiren erscheint in den Quellen als eine einseitige Thätigkeit des Forderungsinhabers und zugleich in erster Linie als eine Pflicht desselben[3]); als eine Pflicht insofern, als derselbe, wenn er einmal den aufzurechnenden Erwerb gemacht hat, sich nicht entbrechen kann, denselben auf seine Forderung

---

[1]) Ueber l. 33 solut. matr., wo die sonst getrennten Rollen des Selbstcompensirenden und seines Schuldners vermöge der Confusion in einer Person vereinigt sind, s. nu. III.

[2]) Auch in dem Falle der l. 38 de jur. dot. macht sich dieser Gesichtspunct geltend: et quod dicitur rem mulieri perire, consequens est: nam si coeperit velle de dote agere, ipsa secum debebit compensare jussum suum. Vergl. S. 76 und 77.

[3]) S. S. 32. Sicher kann man auch von einem Rechte zum Selbstcompensiren insofern sprechen, als der Compensirende den gemachten Erwerb für sich zum Zwecke seiner Befriedigung behalten darf und daran von dem Gegentheile niemals verhindert werden kann.

aufzurechnen. Höchstens ist es möglich, dass der Forderungspfandgläubiger dadurch, dass er dem Verpfänder mit dessen Einverständniss das eingehobene Geld herausgibt, der Nothwendigkeit der Selbstcompensation sich entziehen und der de peculio beklagte Herr derselben ausweichen kann, indem er die Deductionspost, auf welche er compensiren müsste, gar nicht geltend macht. (S. 29 und 95.)

Dass bei dem secum pensare und compensare an irgend welche Thätigkeit Jemandes gedacht sein muss, ergibt sich schon aus der constanten Ausdrucksweise der Quellen. Ich habe oben S. 92 nachzuweisen versucht, dass das Selbstcompensiren des Pfandgläubigers mehr als eine blosse Rechnungsoperation sei, und dass die völlige und definitive Tilgung der Pfandschuld nicht schon durch die exactio vom Drittschuldner bewirkt wird, sondern dazu noch eine, wenn auch ganz einseitige Erklärung des Forderungspfandgläubigers gehöre, dass er das Eingehobene bei sich aufrechnen und definitiv an sich behalten wolle [1]).

Für diejenigen Fälle, in welchen der zu compensirende Erwerb in einer Liberirung besteht, wird auch nach meiner Auffassung die Nothwendigkeit einer besonderen Erklärung des Selbstcompensirens entfallen, weil die einmal erlangte Liberation nicht rückwärts ungeschehen gemacht werden kann. Aber für alle Fälle des Selbstcompensirens [2]) würde, wenn die von mir oben aufgestellte Hypothese richtig ist, sich eine processuale Bedeutung des Selbstcompensirens ergeben, nämlich dass, wer zum Selbstcompensiren gehalten war, wenn er klagen wollte, mindestens in jure dasselbe vornehmen musste und, wenn dies unterlassen und das Ganze eingeklagt worden war, er als plus petens erschien [3]) und nach Umständen causa cadirte.

Endlich ist das Selbstcompensiren ein einseitiger Act,

---

[1]) Ueber das etwaige practische Interesse, welches diese Auffassung darbietet, vergl. S. 95.

[2]) Abgesehen natürlich von dem Falle der l. 33 sol. matr., da der Mann, welcher seine Schuldnerin, die Frau beerbte, sich nicht selbst verklagen kann.

[3]) Dies könnte immerhin noch für das Justinianische Recht von Bedeutung gewesen sein.

welcher nur von Einem der Betheiligten ausgehen kann, nämlich dem Gläubiger, welcher den betreffenden Erwerb gemacht hat, ihn behält und sich dadurch für befriedigt ansehen muss.

Der Effect und die materielle Seite der Selbstcompensation ist, dass die Forderung des secum compensans aufgehoben und der Schuldner liberirt wird.

Unter welche Categorie aber ist die im Falle des Selbstcompensirens eintretende Aufhebung der Forderung zu stellen?

Der Gläubiger hat hier stets einen reellen Vermögenserwerb erhalten, mag derselbe in einer positiven Vermehrung seines Vermögens oder in der Liberation von einer eigenen Schuld bestehen, und er muss sich dadurch für befriedigt erachten, gerade soweit als jener Erwerb reicht.

Hiernach können von den verschiedenen Aufhebungsarten der Forderungsrechte nur die in Betracht kommen, welche dem Gläubiger eine materielle Befriedigung gewähren, und auch unter diesen nur diejenigen, bei welchen der Gläubiger genau dasselbe oder doch ebensoviel erhält, als er zu fordern hatte (vgl. S. 15). Diese Merkmale treffen aber nur zu bei der Erfüllung und bei der durchgeführten Compensation, bei letzterer, insofern die Befreiung von der eigenen Schuld dem Gläubiger genau soviel gewährt, als er durch effective Zahlung erhalten würde, s. auch Eisele, Compens. S. 231. Auch die datio in solutum, obwohl sie meist als eine blosse Modification der Erfüllung aufgefasst wird [1]), ist hier auszuscheiden. Als Annahme an Zahlungsstatt könnte die Selbstcompensation überhaupt nur characterisirt werden in dem Falle, wo der Forderungspfandgläubiger vom Drittschuldner exigirt hat [2]).

Dagegen in denjenigen Fällen des Selbstcompensirens, bei welchen der aufzurechnende Erwerb in der Befreiung von einer Schuld besteht, versagt jener Gesichtspunct schon deshalb, weil, wie Römer, die Leistung an Zahlungsstatt S. 34 ganz richtig bemerkt, selbst der Erlass einer Forderung, welche der Schuldner seinerseits gegen seinen Gläubiger hat, keine Leistung ist, welche unter den Begriff des in solutum dare fällt, vielmehr

[1]) Windscheid §. 342 not. 10.; Römer, die Leistung an Zahlungsstatt S. 3; anders Brinz, Pandecten 2. Aufl. § 289 not. 7.

[2]) Wie dies von den S. 79 genannten Schriftstellern geschehen ist.

die Aufhebung einer Obligation, welche auf diesem Wege erfolgt, Tilgung durch Compensation, näher durch Compensationsvertrag sein würde.

Aber auch, wenn der einhebende Forderungspfandgläubiger mit sich selbst compensirt, nimmt er nicht freiwillig im Einverständniss mit dem Schuldner behufs der Tilgung seiner Pfandforderung aliud pro alio an, sondern er rechnet einen Erwerb, welchen er ganz unabhängig von einem solchen Einverständniss mit dem Schuldner proprio jure gemacht hat, auf seine Pfandforderung auf und muss denselben auf letztere aufrechnen.

Endlich ist es für den Begriff und die Wirkung der Annahme an Zahlungsstatt an sich ganz gleichgiltig, ob die Leistung, welche der Gläubiger freiwillig an Zahlungsstatt angenommen hat, gleichwerthig ist mit derjenigen, welche er vom Schuldner zu beanspruchen hatte,

Römer, die Leistung an Zahlungsstatt S. 37.

während sich dies bei der Selbstcompensation, wie bei der wirklichen eigentlichen solutio eius quod debetur und der gerichtlichen Compensation ihrem Wesen nach ganz anders verhält [1]).

Unter die Categorie der eigentlichen solutio können diejenigen Fälle der Selbstcompensation, bei welchen der Erwerb in einer Liberirung besteht, überhaupt nicht gestellt werden. Aber auch die Selbstcompensation auf Grund der exactio des Forderungspfandgläubigers unterscheidet sich dadurch wesentlich von der wirklichen Zahlung, dass der Gläubiger das ihm Geschuldete weder vom Schuldner noch von einem Vertreter des Schuldners noch von einem Dritten, welcher im Namen des Schuldners zahlt, empfängt, sondern dass er sich proprio jure selber einen entsprechenden Betrag von dem Drittschuldner verschafft hat. Gewiss liegt hierin eine Befriedigung des Pfandgläubigers, der sich jenen Erwerb aufrechnen muss, und die hieran sich knüpfende Aufhebung ist also als eine satis-

[1]) Der Selbstcompensant braucht blos aufzurechnen, soweit der gemachte Erwerb reicht. Ueber den Fall, wo der Erwerb in Liberirung von der eigenen Schuld besteht, s. die oben namentlich S. 43 und 62 gegebenen Ausführungen.

factorische, der solutionsmässigen nahe verwandte zu bezeichnen, aber eine eigentliche solutio liegt aus den oben erwähnten Gründen nicht vor.

Schliesslich ist noch die Auffassung derer zu besprechen, welche in dem secum pensare des Forderungspfandgläubigers eine Selbstzahlung erblicken [1]).

Dieselbe findet sich zunächst bei Schriftstellern, welche für den Forderungspfandgläubiger an den beim Drittschuldner eingehobenen nummi vorerst blos ein Pfandrecht entstehen lassen (Bremer und Pfaff). Diese letztere Ansicht verwerfe ich und habe S. 88. 89 ausgeführt, dass selbst, wenn man von jener Ansicht ausgeht, die daraus für die Auffassung des secum pensare als Selbstzahlung gezogene Folgerung nicht gerechtfertigt ist.

Die gleiche Auffassung des secum pensare findet sich aber auch bei Schriftstellern, welche die vom Forderungspfandgläubiger eingehobenen Geldstücke sofort mit der exactio in das Eigenthum desselben übergehen lassen (Dernburg und Hellwig).

Diese letztere Ansicht theile ich — nicht aber die Auffassung, dass das secum pensare eine Selbstzahlung des Forderungspfandgläubigers sei. Ich theile jene Auffassung gerade deshalb nicht, weil ich annehme, dass das Eigenthum an den eingehobenen Geldstücken sofort auf den Forderungspfandgläubiger übergeht. Von dem Standpuncte Bremer's aus, welcher dem letzteren zunächst nur ein Pfandrecht an den eingehobenen Geldstücken gibt und in dem secum pensare einen Aneignungsact erblickt, durch welchen der Pfandgläubiger sich selber nun erst auch das Eigenthum an den nummi verschafft, ist es begreiflich, dass das secum pensare ein sibi solvere ist. Wenn man dagegen annimmt, dass der Forderungspfandgläubiger bereits durch die Einhebung Eigenthum an den nummi bekommen hat, so sehe ich nicht, wie es möglich ist, dass er sich mit diesen ihm bereits gehörigen nummi selbst erst noch bezahlen soll, zumal er dieselben nicht als Vertreter des Verpfänders, sondern proprio jure in Ausübung seines Forderungspfandrechtes ein-

---

[1]) Siehe die Nachweisungen oben S. 79. 82. 85. und 86.

gezogen hat. Wenn der Forderungspfandgläubiger sofort Eigenthum an den eingehobenen nummi erhält, so scheint mir blos eine doppelte Möglichkeit vorhanden zu sein. Entweder es bedarf zur völligen Tilgung der Pfandschuld noch eines besonderen, von der exactio geschiedenen, wenn auch ganz einseitigen Willensactes Seitens des Forderungspfandgläubigers, eben des secum pensare, wie es von uns angenommen und wiederholt geschildert worden ist — oder, was nach unserer Ansicht bei der Vereinnahmung des Pfanderlöses stattfindet (s. nu. VIII), sofort mit der exactio wird von Rechtswegen auch die Pfandschuld una numeratione aufgehoben und getilgt. Dann aber mag wohl eine Tilgung der Pfandschuld durch indirecte Erfüllung vorhanden sein, aber kein sibi solvere, welches einen auf die zahlungsweise Aufhebung einer bestimmten Forderung gerichteten Willensact voraussetzt. Ich würde auf diese mehr theoretischen und formalistischen Argumentationen wenig Werth legen, wenn es nicht in der That ein wirkliches sibi solvere, ein Selbstzahlen gäbe, welches eine besondere Art der eigentlichen Zahlung ist und für welches auch ein reiches Quellenmaterial existirt. Diese wirkliche Selbstzahlung ist auch durchaus nicht unbekannt. Schon Dernburg (Compensation S. 359. not. 2) hat, wenn auch meines Erachtens nicht mit zutreffender Distinction der dahin gehörigen Fälle und nicht mit allenthalben glücklich gewählten Quellenbelegen, auf diese Selbstzahlung hingewiesen. Eine der Hauptstellen ist die l. 9 § 5 Dig. de admin. et peric. tut. 26. 7, welche ausspricht, dass ein tutor, welcher Gläubiger seines Mündels ist, sich selbst aus dessen Vermögen bezahlt machen kann. Gerade diese Stelle ist für die Bejahung der neuerdings viel ventilirten Frage[1]), ob Jemand mit sich selbst Rechtsgeschäfte als Vertreter eines Anderen abschliessen könne, öfters angezogen worden, und auch wir haben in dieser Abhandlung schon mehrfach auf Fälle des sibi solvere hingewiesen (S. 35. 36. 46. 47.). Näher kann auf das sibi solvere

[1]) Für die Bejahung namentlich Römer in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht B. XIX. S. 67 ff. und die Urtheile des Reichsgerichts (Entscheidungen in Civilsachen B. V. S. 59 und B. VI. S. 12 ff.); dagegen jetzt Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht II. Band 1. Abth. S. 284.

hier nicht eingegangen werden. Dafür aber, dass secum pensare und sibi solvere nicht identisch, sondern der rechtliche Vorgang bei beiden verschieden sei, mag noch Folgendes angeführt werden. Es gibt zwei Hauptarten des sibi solvere. Bei der ersten ist es ein Gläubiger, welcher in seiner Eigenschaft als tutor, curator, negotiorum gestor oder procurator omnium bonorum seines Schuldners aus dem in seinen Händen befindlichen und unter seiner Verwaltung stehenden Vermögen des letzteren sich selber bezahlt. Bei der zweiten Art ist es der Schuldner, welcher zu seinem Gläubiger in einem der gedachten Rechtsverhältnisse[1]) steht und nun als Geschäftsführer und Verwalter des Gläubigers für ihn von sich selber seine Schuld einhebt (a se exigere, ipsum a semet ipso exigere). Mit dem secum pensare kann selbstverständlich nur die erste Art des sibi solvere in Parallele gestellt werden[2]).

Nun treten aber bei dem sibi solvere zwei Momente hervor, für welche zwar hier keine speciellen Belege gegeben werden können, die aber schon durch die angeführten Stellen bestätigt werden. Das eine Moment ist, dass Recht und Pflicht zum sibi solvere stets darauf beruhen, dass der an sich selbst Zahlende, wie der von sich selbst Einhebende eine Vermögensverwaltung für seinen Schuldner oder seinen Gläubiger führt; das andere, dass, wenn der Gläubiger als Verwalter des Schuldners an sich selbst zahlt, der Vorgang so gedacht wird, dass die Zahlung aus dem Schuldner gehörigem Gelde, aus der Substanz des schuldnerischen Vermögens entnommen wird.

> l. 3 § 5. 6 Dig. de contr. tut. act. 27. 4. si tamen fuit in substantia pupilli unde consequetur — si de re pupillari non potuit sibi solvere. l. 9 § 5 Dig. de admin. et peric. tut. 26. 7. si modo fuit pecunia unde solvat.

Beides verhält sich anders bei dem secum pensare des Forderungspfandgläubigers, welcher vom Drittschuldner ein-

---

[1]) In Betreff des procurator omnium bonorum vergl. l. 6 § 4 Dig. mand. 17. 1.

[2]) Diese erste Art des sibi solvere ist in den Quellen weniger häufig erwähnt. S. ausser l. 9 § 5 Dig. 26. 7. cit. etwa noch l. 1 § 5 bis 7 l. 3 § 5. 6 Dig. de contr. tut. act. 27. 4. l. 12 pr. Dig. de neg. gest. 3. 5.

gehoben hat. Dieser ist nicht Geschäftsführer und Verwalter des Pfandschuldners [1]), sondern hat kraft eigenen Rechtes jenes Geld eingenommen, und letzteres hat niemals zur Substanz des Vermögens des Schuldners gehört.

Wir haben nun gefunden, dass sich auch die in Folge der Selbstcompensation des Forderungspfandgläubigers eintretende Aufhebung der Forderung desselben nicht zurückführen lässt auf Annahme an Zahlungsstatt noch auf eigentliche Zahlung und auch nicht auf Selbstzahlung, welche letztere nur eine Art der directen Zahlung ist, bei der die Rollen des Zahlenden und des Zahlungsempfängers in einer Person vereinigt sind. So bleibt nach dem oben S. 126 Bemerkten nur übrig, diese wie die übrigen Fälle des Selbstcompensirens dahin zu stellen, worauf schon der Name hinweist, nämlich unter die Compensationen.

Was die Selbstcompensation von der gewöhnlichen gerichtlichen oder vertragsmässigen Compensation unterscheidet, beruht auf dem Fehlen des invicem deberi, auf dem Nichtvorhandensein von sich gegenüberstehenden Forderungen, welche gegenseitig durch Compensation zur Aufhebung gebracht werden sollen; was die Selbstcompensation besonders characterisirt unter den Compensationen überhaupt, ist, dass ein Gläubiger auf sein e i n e s bestehendes Forderungsrecht einen von ihm gemachten Erwerb kraft Rechtsvorschrift mit sich selber aufzurechnen und sich dadurch für seine Forderung für befriedigt zu erachten hat.

[1]) Möglicherweise, falls nämlich Verpfänder und Pfandschuldner nicht dieselben Personen sind, steht er nicht einmal in irgend welchem obligatorischen Verhältnisse mit demselben.

Uebersicht.

Seit.

Einleitung 1

I. l. 18 pr. Dig. de pigner. act. 13. 7 und l. 13 § 2 Dig. de pignor. et hypoth. 20. 1. 5

II. l. 9 § 8 Dig. de pecul. 15. 1. Zur Lehre von der Deduction vom peculium 17

III. l. 33 Dig. sol. matr. 24. 3. Zur Lehre von der Confusion und der solutorischen Kraft derselben 40

IV. l. 82 Dig. ad leg. Falcid. 35. 2. Ueber die Replik der Compensation und über das Wahlrecht im Falle der Concurrenz mehrerer compensabler Forderungen 57

V. l. 38 Dig. de jur. dot. 23. 3. 70

VI. Die verschiedenen Ansichten über die Natur des secum pensare des Forderungspfandgläubigers 78

VII. Eigene Ansicht und ihre Consequenzen 86

VIII. Einhebung vom Drittschuldner Seitens des Forderungspfandgläubigers und Perception des Erlöses Seitens des verkaufenden Pfandgläubigers 100

IX. Das secum pensare und die Baarcaution 110

X. Processualisches in Betreff des secum pensare 116

Schlussergebnisse 122

Brühl'sche Druckerei (Fr. Chr. Pietsch) in Giessen.

Verlag von Emil Roth in Gießen.

Die sämmtlichen Entscheidungen
des
Reichsoberhandels- und Reichsgerichts
in einem Bande,

ausführlich dargestellt und nach den Systemen der betr. Gesetzbücher geordnet

von **Otto Fuchsberger,**
kgl. Landgerichtsrath, Ritter ꝛc.

Lex.-8°-Format. Mit ausführl. Sachregistern u. vollst. Text der jeweiligen Gesetze.

I. **Theil: Das Handelsrecht.** Enth. sämmtl., in 25 Bdn. zerstreute Entscheidungen d. R.-O.-H.-G.'s. auf d. Gebiete d. Handelsrechts, sowie des einschläg. gemein. Civilrechts u. der einschläg. in- und ausländischen Landesgesetze. 61 Bogen. M. 15.
geb. in Lwd. M. 16.50, geb. in Halbfranz M. 17.

II. **Theil: Das Wechselrecht und Wechselproceßrecht.** Unter besond. Berücksichtigung der in- und ausländ. Wechsel- und Wechselproceß-Gesetze und der einschl. Bestimmungen des gemeinen Civilrechts u. d. verschied. Landesgesetze. 30 Bogen. M. 8.
geb. in Lwd. M. 9, geb. in Halbfranz M. 9.50.

III. **Theil: Das Strafrecht.** Mit sämmtlichen Novellen zum Strafgesetzbuch und 2 Registern. 40 Bogen. M. 10.
geb. in Lwd. M. 11.20, geb. in Halbfranz M. 11.60.

IV. **Theil: Das Strafproceßrecht.** 26 Bogen. M. 6.50.
geb. in Lwd. M. 7.50, geb. in Halbfranz M. 8.

V. **Theil: Das Seehandelsrecht.** Enth. s. Entsch. betr. Rheder, Schiffer, Schiffsmannschaft, Frachtgeschäft, Bodmerei, Havarei, Bergung und Hilfsleistung, Schiffsgläubiger, das gesammte Versicherungswesen, Verjährung ꝛc. Mit 2 Registern. 26 Bogen. M. 6.50.
geb. in Lwd. M. 7.50, geb. in Halbfranz M. 8.

VI. **Theil: Urheberrecht** an Schriftwerken, Abbild., musikal. Compos., dramat. Werken und an Werken der bild. Künste. Photographiensch. **Muster-, Modell- u. Markenschutz. Patentgesetz.** Nebst Staatsverträgen, Registern ꝛc. 22 Bogen. M. 5.50.
geb. in Lwd. M. 6.50, geb. in Halbfranz M. 6.70.

VII. **Theil: Reichs-Civilproceßordnung,** in Vorbereitung.

Suppl.-Band I. (zum I. und II. Th.) **Handels-, Wechsel-** und **Wechselproceßrecht.** Enth. die seit dem Ersch. von Theil I und II gefällten neuesten Erkenntnisse des R.-G's. M. 4.
geb. in Lwd. M. 5, geb. in Halbfranz M. 5.20.

Supplemente zu Theil III und IV (Strafrecht und Strafproceßrecht) im Druck!

Alle Theile einzeln käuflich. Die Sammlung wird auch gleich complet gegen monatliche Abzahlung geliefert.

Vorzüge des Werkes: Klarheit, Kürze, Uebersichtlichkeit, bei durchaus gewahrter Vollständigkeit.

Die Anordnung des Werkes ist ungemein praktisch: Aus den jetzt erschienenen ca. 40 dicken Bänden der großen Sammlung, welche die meist nöthige schnelle Orientirung absolut nicht ermöglichen, ist das ganze Material zu dem betr. Gesetzbuch in einem einzigen handlichen Band vereint und systematisch geordnet unter Hervorhebung der getroffenen Entscheidungssätze durch Schlagwörter.

Dabei bildet das Werk nicht nur ein einfaches Register über die Rechtssätze resp. eine bloße Anführung derselben bei den einzelnen Gesetzesparagraphen, sondern es sind auch die Entscheidungsgründe excerpirt und zwar so ausführlich, wie es der Thatbestand und die objective rechtliche Begründung des betr. Rechtssatzes erfordert.

Beigegeben sind ferner ausführliche Sachregister und die vollständigen Texte der betr. Gesetze selbst.

Der Preis der Bände ist im Verhältniß zu ihrem eminenten Inhalt ein sehr mäßiger.

Weitere Bände in Vorbereitung.

Verlag von Emil Roth in Gießen.

Deutsche Reichsgesetze in Einzel-Abdrucken.

Herausgegeben von Professor Dr. C. Garcis in Gießen.

Eintheilungs-Uebersicht.

Abth. I.
Staatsrecht.

Abth. II.
Privatrecht.

Abth. III.
Socialpolitische Gesetze.

Abth. IV.
Gerichtsverfassung, Anwaltsrecht, Civilproceß, Concursrecht.

Abth. V.
Strafrecht und Strafproceß.

Abth. VI.
Militär- und Marinewesen.

Abth. VII.
Zoll- und Finanzgesetze.

Abth. VIII.
Recht der Verkehrsanstalten.

Abth. IX.
Innere Verwaltung und Polizei.

Was bringen die Deutschen Reichsgesetze in Einzel-Abdrucken?

Dieselben bringen sofort nach der endgültigen Fassung im Reichstag die neuen Gesetze, Zusätze, Abänderungen ꝛc. in besonders bequem eingerichteten Abdrucken, jedes Gesetz als einzelnes Heft oder Blatt. Außerdem vorzugsweise alle kleineren Gesetze, welche in Einzelausgaben bisher noch nicht existirten.

Was sind die besonderen Annehmlichkeiten der Deutschen Reichsgesetze in Einzel-Abdrucken?

Dieselben lassen sich einzeln je nach Bedarf in Bücher, Acten, Hefte, Collegienmappen oder Brieftaschen ꝛc. legen und dienen zum Gebrauch in Gerichtssälen, bei Terminen, auf Reisen oder in Hörsälen, sowie auch sonst zum raschen Nachschlagen des Wortlautes eines Gesetzes.

Der Jurist hat nicht mehr nöthig, wegen eines sogenannten „kleinen Gesetzes“ einen schweren Sammelband oder einen dickleibigen Commentar bei sich zu führen. Gerade von diesen „kleinen Gesetzen“ fehlen bisher handliche Einzel-Ausgaben. **Der Preis ist dabei ein beispiellos billiger.**

In welchem Gewande erscheinen die Deutschen Reichsgesetze in Einzel-Abdrucken?

Auf starkem holzfreiem Papier in handlichem Octav, mit scharfen, neu geschnittenen Typen gedruckt, sind die R.-G. i. E. unverwüstlich. Die außerordentlich übersichtliche typographische Anordnung wird noch besonders unterstützt durch die Beigabe von Registern und Inhaltsverzeichnissen zu jedem einzelnen Gesetz. **Zur Aufbewahrung** dienen

dauerhafte und elegante Kasten in Buchform, siehe Abbildung auf der folgenden Seite. Jedes Gesetz trägt außer seinem Titel auf der ersten Seite links oben in großen deutlichen Ziffern die Nummer seiner Abtheilung ꝛc. Damit correspondirt ein Inhaltsverzeichniß auf der inneren Seite des Kastendeckels, so daß das Aufsuchen und Einordnen gar keine Schwierigkeiten macht. Außerdem sind die verschiedenen Abtheilungen durch verschiedenfarbige Rücken kenntlich gemacht.

Abonnements-Bedingungen. Der Abonnementspreis für die Reichsgesetze in Einzel-Abdrucken beträgt pro Lieferung, **5 Nummern** umfassend, **50 Pfg.**, resp. **10 Pfg.** pro Nummer. Ein Abonnement verpflichtet zur Abnahme von mindestens 12 Lieferungen.

Die Lieferungen 1 bis 5, die soeben erschienen sind, enthalten:

Abonnementspreis.	Fortlauf. Nummer.	Abtheil.-Nummer.		Einzelpreis.
Lief. 1/2 nur 1 Mark.	1.	II. 1.	Patentgesetz	20 Pf.
	2.	II. 2.	Betreff. vertragsmäßige Zinsen . .	20 „
	3/4.	III. 1.	Gewerbeordnung	40 „
	5.	III. 2.	Krankenversicherung der Arbeiter .	20 „
	6.	III. 3.	Unfallversicherungsgesetz	20 „
	7.	III. 4.	Ausdehnung der Unfall- u. Krankenversicherung	20 „
	8.	V. 1.	Gesetz, betreffend den Wucher . .	20 „
	9.	VII. 1.	Wechselstempelsteuer	20 „
	10.	VII. 2.	Reichsstempelabgaben	20 „
Lief. 3 nur 50 Pfg.	11.	II. 3.	Civilehegesetz. Eheschließung im Auslande	20 „
	12.	II. 4.	Urheberrecht an Schriftwerken, an Werken der bildenden Kunst, Photographien-Schutz	20 „
	13.	II. 5.	Markenschutz, Musterschutz	20 „
	14.	III. 5.	Schiedsgerichte bei Unfallversicher. Inkraftsetzung der Unfall- und Krankenversicherung. Verfahren und Geschäftsgang des Reichs-Versicherungsamtes	20 „
	15.	V. 2.	Dynamitgesetz	20 „
Lief. 4/5 nur 1 Mark.	16.	I. 1.	Erwerbung und Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit . . .	20 „
	17.	I. 2.	Freizügigkeit	20 „
	18.	I. 3.	Unterstützungswohnsitz	20 „
	19.	VI. 1.	Gesetz, betr. die Verpflichtung zum Kriegsdienste	20 „
	20.	IX. 1.	Impfgesetz	20 „
	21.	IX. 2.	Preßgesetz	20 „
	22/23.	VII. 3.	Zolltarif, mit allen Abänderungen u. Zusätzen bis zum Zusatzgesetz vom 18. April 1886	40 „
	24.	III. 6.	Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes in Folge von Betriebsunfällen . .	20 „
	25.	IX. 3.	Feingehalt der Gold- und Silberwaaren, m. Verordn. v. 7./I. 1886 betr. die Form der Stempelzeichen	20 „

Verlag von Emil Roth in Gießen.

Die nächsten Lieferungen bringen:

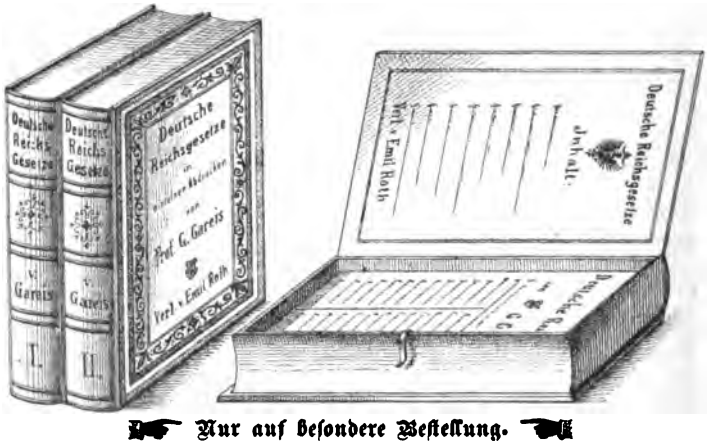
IV. 1a. Abänderung des § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Vom 17./III. 1886.
IV. 2. Prisengerichtsbarkeit.
IV. 3. Ergänzung des § 809 der Civilproceßordnung. Vom 30./IV. 1886.
IX. 4. Anfertigung und Verzollung von Zündhölzern.
IX. 5. Schutz des zur Anfertigung von Reichskassenscheinen verwendeten Papiers gegen unbefugte Nachahmung.
III. 7. Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen.
VIII. 1. Bahnpolizei-Reglement für die Eisenbahnen Deutschlands. (Am 1./IV. 1886 in Kraft getreten.)
VIII. 1a. Bekanntmachung, betr. das Bahnpolizei-Reglement. Vom 30./XI. 1885.
VIII. 2. Gesetz, betr. die Unzulässigkeit der Pfändung von Eisenbahnfahrbetriebsmitteln.
IX. 6. Verkehr mit Nahrungs- und Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen.
II. 6. Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Concursverfahrens.
IV. 4. Consulargerichtsbarkeit. Vom 10./VII. 1879.
IV. 5. Rechtsverhältnisse d. deutschen Schutzgebiete. Vom 17./IV. 1886.
II. 3a. Eheschließung und Beurkundung des Personenstandes in Kamerun und Togo.
III. 1a. Gesetz, betr. die Abänderung der Gewerbeordnung. Vom 23./IV. 1886.
Maß- und Gewichtsordnung. — Aichordnung. — Aichgebühren. — Internationale Meterordnung.

Weitere Nummern im Druck!

Jedes Gesetz ist auch einzeln zu dem beigesetzten Preise zu haben. **Abonnements** nimmt jede Buchhandlung entgegen. Bei directer Bestellung ist der Betrag beizufügen.

Aufbewahrungskasten zu den Reichsgesetzen

in sehr eleganter und solider Ausführung in Holz mit Leinwandüberzug und Lederrücken. Preis **M. 2.50.**



Nur auf besondere Bestellung.

Juriſtiſche Werke

aus dem

Verlage von Emil Roth in Gießen.

Gegründet 1822.

Archiv für das öffentliche Recht des deutſchen Bundes. I. Band 4 M. 50 Pf. II. Band, 1. Heft 2 M. 25 Pf., 2. u. 3. Heft 3 M. III. Band, 1. u. 2. Heft à 1 M. 50 Pf., 3. Heft 2 M. 50 Pf. IV. Band, 1. Heft 4 M. 50 Pf., 2. Heft 4 M., 3. Heft 3 M. Die 4 Bände zuſammengenommen für 9 M.

Bischof, Dr. **H.,** *Allgemeine Staatslehre,* gestützt auf geschichtliche Grundlagen und christliche Prinzipien zur Lösung der socialen Probleme des 19. Jahrhunderts. Lieferung 1 und 2 à 2 M. 50 Pf.

— — *Ministerverantwortlichkeit und Staatsgerichtshöfe in Deutschland.* 1859. 1 M. 50 Pf.

— — *Das Nothrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung.* 2 M. 50 Pf.

— — *Denkschrift, betr. das Fürstl. Gräfl. Gesammthaus Schönburg, dessen Anrecht auf Sitz und Stimme im Norddeutschen Bunde.* 1 M. 50 Pf.

Bopp, Handbuch der Criminalgeſetzgebung für das Großherzogthum Heſſen. 2. Ausg. 2 M. 50 Pf.

Braun, Dr. **J. B.,** *Das kirchliche Vermögen von der ältesten Zeit bis auf Justinian I.* 1 M. 50 Pf.

Buff, Friedr., Ueber einige Fragen aus dem Gebiete der Lebensverſicherung. 8°. 1 M. 60 Pf.

Bülow, Dr **O. v., Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen.** 4 M. 50 Pf.

v. Buri, M., Abhandlungen aus dem Strafrecht. 2 M.

— — **Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünſtigung.** 1 M. 50 Pf.

Carlin, Dr. **Gaston,** *Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat, insonderheit mit Bezug auf den Erwerb dinglicher Rechte an beweglichen Sachen.* gr. 8°. 2 M. 40 Pf.

Czyhlarz, Prof. Dr. **K.,** **Römisches Dotalrecht.** 10 M.

Feuerbach, Dr. **P. J. A., Ritter v.,** **Merkwürdige Criminalrechtsfälle.** 2 Thle. Dritte Originalauflage. 1839. 2 M. 40 Pf.

Flach, Chr., **Entscheidungen** des Herzoglich Nassauischen O.-A.-Gerichts zu Wiesbaden über wichtigere Streitfragen des Civilrechts. 1.—3. Thl. 5 Mark.

— — **Erläuterungen zum Prozeßgesetze** des Herzogthums Nassau vom 23. April 1822. 3 M.

Fuchsberger, siehe besondere Anzeige.

Gareis, Dr. **Karl,** o. ö. Professor der Rechte und Kanzler der Universität zu Gießen, **Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche bürgerliche Recht mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts,** nebst beigefügten Quellennachweisungen zum Gebrauche in den akademischen Vorlesungen über deutsches Privatrecht, sowie überhaupt zur Orientirung über die neuen, das Privatrecht betreffenden Gesetze des deutschen Reichs. Preis 3 M. 60 Pf., geb. in eleg. Cal.-Bd. 4 M. 60 Pf.

— — **Ueber die Bestrebungen der Socialdemokratie.** 2. Abdruck. Preis 40 Pf.

— — **Joh. Mich. Franz Birnbaum,** ein Cultur- und Lebensbild. Mit Porträt. 2 M.

— — **Reichsgesetze in Einzelabdrucken,** siehe besondere Anzeige.

Gerau, G., **Ueber die richterliche Bestätigung der Erwerbstitel** des Eigenthums- und Pfandrechts an Immobilien. 3 M.

Grolmann, v., **Wörterbuch der in Deutschland üblichen Spitzbubensprachen.** 2 M.

Helmolt, Prof. Dr. **Th. v.,** *Die Correalobligationen.* 2 M. 50 Pf.

Linde, Dr. **J. T. B. v.,** **Uebersicht des gesammten Unterrichtswesens** im Großherzogthum Hessen. 1838. 3 M. 75 Pf.

— — **Ueber Abschließung und Auflösung der Ehe.** 3 M.

— — **Ueber religiöse Kindererziehung in gemischten Ehen und über Ehen zwischen Juden und Christen.** 1847. 1 M. 50 Pf.

— — **Ueber die Haftverbindlichkeit der Postanstalt.** 1859. 2 M. 50 Pf.

— — **Betrachtungen über die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Kirchengewalt und Schutzpflicht** in Deutschland. 1855. 3 M.

Lutterbeck, Dr. **Ant.,** **Der Informativprozeß und seine rechtliche Nothwendigkeit** für die Entscheidung der Mainzer Bischofsfrage. 60 Pf.

Maxen, Dr. **J.,** **Das Prioritätsverfahren im Concursprozeß.** 60 Pf.

Maxen, Dr. **J.,** Die sogen. accessorische Intervention im Civilprozeß. 1 M. 50 Pf.

Merkel, Dr. jur. **A.,** Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen. 2 M.

Michaelis, Prof. Dr. **A.,** *Die staatsrechtlichen Verhältnisse der Fürsten und Grafen Herren von Schönburg.* 4 M. 50 Pf.

Postrecht, das deutsche, nach der bundesgesetzlichen Bestimmung. 1857. 3 M.
— — nach seiner staatswirthschaftlichen Beschaffenheit. 1858. 1 M. 50 Pf.

Puchta, Dr. **W. H.,** Ueber die gerichtlichen Klagen besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer. 2. Aufl. 7 M. 50 Pf.

— — Das Prozeßleitungsamt des deutschen Civilrichters. 1 M. 20 Pf.

— — Ueber bäuerliche Gutsabtretung überhaupt, und mit Altentheilsbestellung besonders. 1 M. 20 Pf.

Reichsgesetze, siehe besondere Anzeige.

Regelsberger, Ferd., *Beiträge zur Lehre von der Haftung der Behörden und Beamten der Actiengesellschaften.* 4°. 2 M.

Schlayer, Dr. **G. A.,** Beiträge zur Lehre von dem Patronatrecht. 2 M.

Schloß, Fr., Die Dotalprivilegien der Jüdinnen. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte des gemeinen Civilrechts. 2 M.

Schulte, Prof. Dr. **J. F., Ritter v.,** Darstellung des Prozesses vor den katholischen geistlichen Ehegerichten Oesterreichs. 3 M.

— — *Handbuch des katholischen Eherechts* nach dem gemeinen katholischen Kirchenrechte und den österreichischen, preussischen, französischen Partikularrechten mit Rücksichtnahme auf noch andere Civilgesetzgebungen. 7 M. 50 Pf.

— — Das katholische Kirchenrecht. Dessen Quellen und Literaturgeschichte — System — Einfluß auf die verschiedenen Rechtsdisciplinen überhaupt. 2 Bände. 19 M.

— — *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechtes* nach dem gemeinen und Partikularrechte in Deutschland und Oesterreich und dessen Literaturgeschichte. 3. verm. u. verb. Aufl. 10 M., geb. in Halbfranz 11 M. 80 Pf.

— — Die Rechtsfrage des Einflusses der Regierung bei Bischofswahlen in Preußen, mit eingedruckten Noten u. s. w., der Verhandlung in Rom, mit Rücksicht auf die oberrheinische Kirchenprovinz. 2 M.

— — Die juristische Persönlichkeit der katholischen Kirche, ihre Institute und Stiftungen, sowie deren Erwerbsfähigkeit nach dem gemeinen, bayr., österreich., preuß., bad., württemb., hess., sächs. u. französ. Rechte. 2 M.

Schulte, Prof. Dr. **J. F., Ritter v.,** *System des allgemeinen katholischen Kirchenrechtes* mit steter genauer Berücksichtigung der Besonderheiten in Oesterreich, Preussen, Bayern, der oberrheinischen Kirchenprovinz, Sachsen, Hannover und Oldenburg. 11 M. 50 Pf.

— — *Die Stifte der alten Orden in Oesterreich.* Ihre Aufgabe, Stellung, Wirksamkeit. 1 M.

— — *Status diœcesium catholicarum in Austria germanica, Borussia, Bavaria,* reliquis Germaniae terris sitarum. 3 M.

— — *Decretistarum jurisprudentiae specimen. E libro Gottwicensi 88* (181 sæculo XII). 4°. 1 M.

— — *Roberti Flamesburiensis* summa de matrimonio et de usuris. 4°. 1 M. 50 Pf.

Ulrichs, Karl, Das deutsche Postfürstenthum, sonst reichsunmittelbar, jetzt bundesunmittelbar. 3 M.

— — Der Nassau-Taxis'sche Postvertrag und der Braun'sche Antrag. 1861. 1. M.

Wasserschleben, Professor Dr. **H.,** Juristische Abhandlungen. geh. 2 M. 25 Pf.

Weiß, C. E., System des Verfassungsrechts des Großherzogthums Hessen. 1837. 3 M.

— — Hessisches Staatsrecht I. Band. 1837. 3 M.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Herausgegeben von Dr. v. Linde, Dr. Marezoll und Dr. v. Schröter. I. Sammlung. I.—XX. Bd. Herabgesetzter Preis 18 M.

— — Neue Folge. I.—XXII. Band. à Band 4 M.
Einzelne Hefte 1 M. 50 Pf.

C. F. Winter'sche Buchdruckerei in Darmstadt.

Im Verlage von Emil Roth in Giessen ist soeben erschienen:

Lehrbuch

des

katholischen und evangelischen Kirchenrechts

nach dem

gemeinen Rechte, dem Rechte der deutschen Länder und Oesterreichs

von

Dr. Joh. Friedrich von Schulte

Geh. Justizrathe und o. Professor der Rechte in Bonn.

Vierte vollständig umgearbeitete Auflage des katholischen, erste Auflage des evangelischen Kirchenrechts.

Grösstes Lexiconoctav-Format in vorzügl. Ausstattung.

Preis geheftet Mk. 12, in solidem Original-Halbfranz-Band Mk. 14.

Im Vorwort heisst es: „Das Buch soll weder für das katholische noch für das evangelische Recht ein Lehrbuch im Sinne eines blossen ausgeführten Leitfadens bieten, sondern das ganze geltende Recht möglichst vollständig geben und sich von einem sog. Handbuche nur dadurch unterscheiden, dass die Erörterungen sich der Kürze befleissigen, um dem Lehrer den Anlass zur ausführlichen Darlegung zu bieten, den Lernenden und für den practischen Gebrauch die Mittel zu geben, den Gegenstand selbst eingehender zu verfolgen.“

Das Recht beider Kirchen ist in gleicher Ausführlichkeit behandelt. Jede Besonderheit des einzelnen deutschen Landes, bezüglich jeder Provinz, und des französischen Rechts wurde speciell hervorgehoben, für das Eherecht wegen der practischen Wichtigkeit auf das italienische, niederländische, schweizerische, spanische u. s. w. Bezug genommen. Besonderes Gewicht legte der Verfasser ausserdem auf das Vermögensrecht, die Verfassung und Organisation der evangelischen Kirche in Geschichte und heutiger Gestalt (Organisation des Kirchenregiments, der Gemeinden, Synoden), die kirchenpolitischen Satzungen.

Neben dem römisch-katholischen Kirchenrecht ist auch das altkatholische behandelt, die Erörterung ist eine objective ohne Polemik und Kritik.